



Sr. Madrid López, Presidente en funciones

Sr. Estella Hoyos, Consejero  
Sr. Fernández Costales, Consejero y Ponente

Sr. Pérez Solano, Consejero  
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 28 de octubre de 2010, 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 8 de septiembre de 2010 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 fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 14 de septiembre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.053/2010, 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 de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.

**Primero.-** El 5 de mayo de 2008 D. xxxxx, de 49 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Junta de Castilla y León, debido a los daños y perjuicios derivados de la inadecuada asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.



Expone que, tras serle diagnosticado en ese Hospital un adenocarcinoma de esófago sobre esófago de Barret, estadio III (T3pN1) y una adenopatía mediastínica paratraquial derecha de 2,4 centímetros, se le informó de que el tratamiento a seguir era quimioterapia durante 3 meses, intervención quirúrgica y de nuevo quimioterapia, "con prácticamente ninguna posibilidad de éxito y con una intervención quirúrgica en xxxx2 o xxxx3".

Manifiesta que unos días más tarde solicitó una segunda opinión médica en la Clínica hhhh2 de xxxx4 con el Dr. dddd1, quien alcanzó "un diagnóstico totalmente diferente, suprimiendo radicalmente los tratamientos de quimioterapia debido a la mínima respuesta que ofrecen generalmente los adenocarcinomas sobre el esófago de Barret. Afirma que el porcentaje de éxito que se le ofreció en ese centro médico era del 95%. Ante ello, decidió operarse en la clínica privada "para no retrasar la operación más de 3 meses, ya que el tiempo es un factor primordial en este tipo de casos". La intervención quirúrgica se realizó el 20 de febrero de 2008. Expone que en la fecha de la reclamación se encuentra prácticamente recuperado y sin tratamiento médico alguno.

Solicita el reintegro total o parcial del importe abonado en concepto de intervención quirúrgica, que asciende a 53.419,00 euros (si bien no adjunta las facturas que acrediten el gasto).

Se acompaña a la reclamación copia de dos informes de la Sección de Oncología de 19 de febrero y 16 de abril de 2008, un informe del Dr. dddd1 de 3 de marzo de 2008 y el informe anatomopatológico de 24 de febrero de 2008.

**Segundo.-** Obra en el expediente la historia clínica del reclamante, un informe de la Sección de Oncología de 5 de junio de 2008 y un informe de la Inspección Médica de 16 de julio de 2009.

**Tercero.-** Notificada la apertura del trámite de audiencia el 3 de diciembre de 2009, no consta la presentación de alegaciones.

**Cuarto.-** Obra en el expediente la interposición por el reclamante de un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de su reclamación, que dio lugar al Procedimiento Ordinario 690/2009, seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo (xxxx2) del



Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Dicho procedimiento finalizó mediante Auto de 10 de marzo de 2010, por el que se acordó el archivo de las actuaciones, al entender el Tribunal que “la parte demandante renuncia a la acción ejercitada” al no querer comparecer en el proceso los sucesores, ya que, tras el fallecimiento, la esposa e hijos del causante manifestaron su deseo de no suceder al recurrente en el recurso y no comparecieron en el proceso.

**Quinto.-** El 25 de junio la Directora General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula una propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

**Sexto.-** El 18 de agosto de 2010 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

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 (5 de mayo de 2008) hasta que se



formula propuesta de orden (25 de junio de 2010). 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.

A este respecto, debe tenerse presente que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos; y que los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos. Ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 41.1 y 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**3ª.-** Concurren en el reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Sin embargo, figura en el expediente que el reclamante ha fallecido. Mediante Auto de 10 de marzo de 2010 la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León acordó archivar el proceso contencioso administrativo que se inició a instancia del reclamante, al entender el Tribunal que la parte demandante renunció a la acción ejercitada, ya que, tras el fallecimiento, la esposa e hijos del causante manifestaron su deseo de no suceder al recurrente en el recurso.

A pesar de ello, no consta que los herederos hayan comparecido en el procedimiento de responsabilidad patrimonial para subrogarse en la posición del causante o que hayan comunicado su voluntad de no sucederle. Tampoco la Administración -que tenía conocimiento del óbito- les ha requerido para que se manifiesten en uno u otro sentido.



El Código Civil distingue en su artículo 660 entre el heredero, sucesor a título universal, y el legatario, sucesor a título particular, y dispone en el artículo 661 que “Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”. El derecho a una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración no se extingue por la muerte del reclamante, por lo que tal derecho forma parte de la herencia ex artículo 659 del Código Civil. En consecuencia, son los herederos del reclamante los que le sustituyen y pueden pretender, en su caso, la indemnización que proceda. Esto, como regla general, no puede predicarse de los legatarios, sucesores a título particular (Dictamen del Consejo de Estado nº 176/2008, de 23 de marzo de 2008).

En el caso analizado, no consta que los herederos del fallecido hayan manifestado su voluntad de subrogarse en los derechos que, como interesado, ostentaba el causante. Por ello, con carácter previo a la resolución, deberá instarse a los herederos para que acrediten tal condición y puedan optar, en su caso, por la subrogación o manifiesten su voluntad de no continuar con el procedimiento. En este último caso, se entendería producido el desistimiento y deberá dictarse resolución de archivo (artículos 42.1 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

**4ª.-** 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.

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, ya que se presentó el 5 de mayo de 2008 y la intervención quirúrgica se realizó el 20 de febrero anterior.

**5ª.-** 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 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.

No obstante, la jurisprudencia modula 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 aquel 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, que está, 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.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea



absolutamente beneficioso para el paciente, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida”.

**6ª.-** El presente expediente suscita, en primer lugar, la distinción entre los reembolsos de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, en los casos que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, y los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración propiamente dichos.

El reintegro de los gastos médicos satisfechos en el ámbito de la sanidad privada se encuentra regulado actualmente en el artículo 4 del Real Decreto 1.030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que deroga el Real Decreto 63/1995, de 30 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Dicho precepto en su apartado 3 dispone:

“La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En estos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”.

A juicio del Consejo Consultivo, no concurren en el presente caso, como luego se expondrá, los requisitos de urgencia, inmediatez y carácter vital que podían haber determinado el resarcimiento de la pretensión del reclamante por la vía del reintegro de gastos.

En efecto, la jurisprudencia ha entendido, de forma reiterada, que el citado precepto únicamente faculta para exigir el reintegro de gastos ocasionados por la asistencia sanitaria privada, cuando tal asistencia venga





exigida por un proceso de urgencia vital inmediata en que no se hayan podido utilizar los servicios públicos oportunamente (supuesto que ha de interpretarse de manera estricta), de modo que se trate de un proceso morboso que entrañe un grave riesgo para la vida o integridad física del beneficiario, que dicho riesgo sea inmediato y extremado y que, precisamente en razón de esa perentoriedad en la asistencia, no pueda demandarse ésta de los servicios públicos por intensificarse el riesgo con la demora en acudir a estos últimos (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1988).

Sobre el concepto de urgencia vital, el Tribunal Supremo tiene declarado que “siendo dos acepciones que el término «vital» tiene en el Diccionario de la Real Academia Española («perteneiente o relativo a la vida» y «de suma importancia o trascendencia»), el problema interpretativo que presenta el art. 5 R.D. 63/1995 consiste en precisar si la urgencia vital se refiere únicamente al peligro de muerte inminente o si debe también incluir la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. Conclusión esta última que es la que se impone, pues si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los propios de la primera acepción, así lo hubiera indicado (por ejemplo, con la expresión «peligro inminente de muerte»), de manera que la utilización de una fórmula más amplia ha de interpretarse acorde a la segunda de las acepciones («suma importancia o trascendencia»), indudablemente comprensiva de los riesgos relativos a la funcionalidad de órganos importantes (entre los que incluir los ojos); máxime teniendo en cuenta que el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud (art. 43.1 CE ) «no permite una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa» (Sentencias de 20 de octubre de 2003 y de 4 de julio de 2007, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo).

Es también reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencia de 4 de julio de 2007) según la cual “la asistencia urgente a estos efectos se define no por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esa urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la Seguridad Social, al tratarse de «la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere una inmediata atención, imposibilitando acudir al servicio médico asignado» (STS de 25/10/99 -rcud 760/99-, con cita de los precedentes de 25/09/86, 31/10/88, 13/10/94 -rec. 1.141/94-, 30/11/94 -rec. 293/94-, 08/02/95 -rec. 2.392/94-, 21/12/95 -rec. 1.967/95-, 08/03/96 -rec. 2.637/95- y 07/10/96 -rec. 109/96-; doctrina recordada en el voto particular de la STS 20/10/03 -rcud 3.043/02-);”



a lo que añade que es “razonable asimilar a tales supuestos aquellos otros en los que -mediando la referida urgencia, entendida en los términos amplios que se han precisado- la imposibilidad de atención por la medicina oficial venga determinada por la existencia de saturación de beneficiarios necesitados de las concretas prestaciones sanitarias [las llamadas «listas de espera»], obstativa de la prestación de los servicios médicos al interesado «en un plazo justificable desde el punto de vista médico», «habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad» (en tal sentido, la STJCE 2006/141 -Asunto Watts, de 16/Mayo-, remitiendo al art. 20 del Reglamento CE 83/2004 )”.

Por otra parte, como ya señaló el Consejo de Estado (*a.e.*, Dictámenes 269/2001, de 8 de noviembre de 2001; y 3.122/2004, de 20 de enero de 2005), los supuestos de denegación injustificada de asistencia (así como los errores en el diagnóstico o en el tratamiento), antes encuadrados dentro del régimen de reintegro de gastos, deben ahora tramitarse a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sentencias de 11 de abril, 17 de octubre y 17 de noviembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid), que incluye también en estos procedimientos los supuestos de retraso injustificado en prestar la asistencia debida.

Si se opta, como ocurre en el presente caso, por orientar la reclamación por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, hay que atenerse a lo dispuesto en 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, y examinar la pretensión indemnizatoria del reclamante desde esta perspectiva.

**7ª.-** En el caso analizado, es preciso poner de manifiesto que, conforme al criterio expuesto, resulta correcto que la reclamación se haya tramitado a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, puesto que el interesado solicita el reintegro de los gastos médicos sufragados porque, según afirma, tuvo que acudir a una clínica privada ya que consideraba inadecuado el diagnóstico y el tratamiento médico ofrecido en la sanidad pública.

Este Consejo Consultivo comparte el criterio recogido en la propuesta de orden y considera que la reclamación debe desestimarse.



A la vista de los informes médicos emitidos, se considera adecuado a la *lex artis* el diagnóstico alcanzado y el tratamiento pautado al paciente.

En relación con el diagnóstico, el informe de la Inspección Médica señala que las pruebas diagnósticas realizadas (esofago-gastroscopia, TAC y ecoendoscopia) son las recomendadas en las guías de práctica clínica; y que el diagnóstico alcanzado en el Hospital hhhh1 el 15 de febrero de 2008 fue el mismo al que se llegó en la clínica privada (donde fue intervenido el 20 de febrero de 2008, es decir, 5 días después), si bien en éste únicamente cambió la estadificación del tumor tras realizar el estudio anatomopatológico postquirúrgico. (No obstante, hay que tener en cuenta que, según expone la Inspección Médica, en esta etapa diagnóstica la estadificación se establece en función de los resultados de la exploración y las pruebas diagnósticas y que, aunque los avances en las pruebas de imagen permiten un diagnóstico clínico cada vez más preciso, el diagnóstico definitivo se establece tras la cirugía, mediante el análisis anatomopatológico de las piezas extirpadas).

En cuanto al tratamiento, se recomendó al paciente la realización de quimioterapia coadyuvante, es decir, previa al tratamiento quirúrgico. Los informes médicos señalan que esta propuesta terapéutica se basa en guías y recomendaciones de importantes sociedades científicas norteamericanas y europeas (que se citan en los informes), las cuales concluían, a la vista de unos ensayos clínicos, que dicha terapia mejora la evolución clínica y la supervivencia de los pacientes.

No obstante ello, la Inspección Médica afirma que además se ofreció al paciente la posibilidad de solicitar y recibir una segunda opinión médica dentro del Sistema de Salud de Castilla y León, pero que rechazó tal oferta.

En cualquier caso, fue el interesado quien, de forma voluntaria y por su propia iniciativa, acudió al centro médico privado y se sometió a la cirugía sin que, al parecer, existiese motivo urgente alguno que lo hiciese necesario (ya que no se infiere del expediente y ningún informe alude a ello) y sin esperar a las alternativas que, en su caso, pudiera haberle ofrecido la sanidad pública si hubiera aceptado la posibilidad de una segunda opinión médica. Por ello, no procedería el reintegro de gastos por esta causa.



Por ello, la reclamación debe desestimarse.

### **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 fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1, salvo que proceda acordar el archivo de acuerdo con lo expuesto en la consideración jurídica 3ª de este Dictamen.

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