



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero y
Ponente

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 4 de noviembre 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 23 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 le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 30 de septiembre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.217/2010, 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 24 de abril de 2008 D. xxxxx, de 62 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.



En su escrito expone: “En el mes de junio de 2006, ante una ronquera y tos persistente, fui atendido en el centro de especialidades de xxxx1, por su servicio de ORL, (...) diagnosticándoseme un cuadro de laringitis y recibiendo tratamiento médico como tal, ante lo cual no obtuve ninguna mejoría.

»La ronquera era cada vez mayor, por lo que seguí acudiendo regularmente una vez al mes a la consulta (...) me realiza dos fibroscopias en las que no detecta más que una hiperemia de cuerdas vocales y abundantes secreciones, manifestándose en todo momento que no me preocupara, que no existían signos malignos, que lo único que había era una inflamación de las cuerdas vocales (...).

»Pasado un año, junio de 2007, sin el diagnóstico y tratamiento adecuado, seguía con los mismos síntomas, ante lo que se me realizó una laringoscopia derecha, observándose una formación edematosa de banda ventricular derecha anterior y una ligera formación polipoidea en cuerda vocal derecha tocando la comisura anterior, procediéndose a su extirpación.

»No se reconocieron signos de malignidad pero lo cierto es que aumentó el cuadro de mi disfonía, resultándome imposible mantener una conversación continuada perdiendo la voz por completo, consecuencia de lo cual acudí al Sr. (...) en el mes de agosto, que me realizó una fibroscopia, detectándome hiperemia de cuerdas vocales.

»En una nueva y posterior consulta de ese mismo mes de agosto, sin más pruebas que las propias que se pueden hacer en una consulta ambulatoria, examinándome simplemente la garganta, me diagnostica que hay un nuevo pólipo. (...) me asegura su existencia y me dice que hay que intervenirlo en quirófano para extirparlo, y siempre no considerando en ningún momento que se me realizase un TAC, (...).

»(...), no se detectaba correctamente mi enfermedad, y por ello no se me aplicaba un tratamiento adecuado, por lo que decidí el día 5 de noviembre de 2007 acudir a la Clínica hhhh2 de la Ciudad de xxxx2 (sic), su certero análisis fue para mí demoledor, tenía desde hace más de un año cáncer (...).



»(...) la misma clínica de xxxx2 me indica que es necesario realizarme un TAC con urgencia y que ello es de vital importancia. Me lo iban a hacer ellos mismos pero para mi mala suerte su escáner estaba averiado, (...), no podía esperarme a su reparación y seguidamente solicité al Sr. (...) un volante para realizarme un TAC.

»(...) el escáner de xxxx1 tampoco funcionaba, con lo que al final debido a su urgencia decidí acudir al Hospital 'hhhh3' de la ciudad de xxxx3, y allí fue donde finalmente se me practicó la prueba, siendo la misma realizada económicamente a mi costa, siendo su importe de 439,00 euros.

»Una vez detectada correctamente mi enfermedad, el día 15 de ese mismo mes y año, fui visto en el Servicio de ORL del Hospital hhhh4 (...). Siendo sometido posteriormente el día 21 a Microcirugía laríngea y el día 19 de diciembre a laringectomía total, colocándose una prótesis fonatoria, perdiendo de por vida la voz”.

Acompaña a su reclamación informes médicos de los Hospitales hhhh1 de xxxx1 y hhhh4 de xxxx3 y facturas de la Clínica hhhh2 de xxxx2 y del Centro de Diagnóstico de xxxx3.

Reclama como indemnización (por aplicación de las tablas de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación) 72.092,79 euros.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe emitido por el facultativo del Servicio de ORL del Hospital hhhh1 de xxxx1 de 18 de noviembre de 2008, informe de la Inspección Médica de 26 de agosto de 2009 e informe médico pericial emitido a instancia de la Compañía Aseguradora sssss de 15 de febrero de 2010, que señala que “No observo ningún tipo de actuación médica que se aparte de la '*lex artis ad hoc*', en este caso”.

Tercero.- Consta en el expediente escrito del Jefe de Servicio de Inspección de 11 de marzo de 2010, en el que comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.



Cuarto.- Concedido trámite de audiencia el 27 de marzo, no consta que se presentaran alegaciones.

Quinto.- El 5 de julio se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Sexto.- El 2 de septiembre de 2010, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente dicha propuesta.

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 (24 de abril de 2008) hasta que se dicta propuesta de orden (5 de julio 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.

3ª.- Concurren en la parte reclamante 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.

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 24 de abril de 2008, es decir, antes de transcurrir un año desde que al paciente se le practica el 19 de diciembre de 2007 la laringectomía total.

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.

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.

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 él 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, 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.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, es necesario valorar si la asistencia prestada al reclamante resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis*, ya que alega que existió por parte de los servicios médicos una deficiente asistencia, lo que le obligó a acudir a la medicina privada, motivo de su pretensión indemnizatoria.

Para determinar si existe una responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de señalar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si se produjo una pérdida de oportunidad, esto es, que se hubiera agravado la situación del paciente por la tardanza en su tratamiento, así como determinar si el tratamiento que recibió el paciente era el adecuado a la patología que presentaba.

Por parte del reclamante no se ha logrado acreditar que existiese deficiencia en la asistencia sanitaria que le fue prestada, puesto que todas las actuaciones que se llevaron a cabo en la Sanidad Pública fueron las correctas según la patología que presentaba. Por tanto la decisión de acudir a la medicina privada fue libremente adoptada por éste, sin que se hubiese visto obligado o abocado a ello por el tratamiento dispensado en la Sanidad Pública. Así, en el expediente consta que el 24 de octubre de 2007 se solicita TAC cervical en la Sanidad Pública, se le da cita para el 5 de noviembre de 2007 y el paciente firma el consentimiento. El 5 de noviembre el escaner para practicar el TAC sufre una avería, por lo que se indica al paciente que se le podría citar para el día 8 de noviembre, pero éste decide hacerse la prueba de forma privada, por lo que el 6 de noviembre de 2007 se anula la petición inicial de TAC. En el centro privado se recomienda la realización de un TAC, prueba que ya había sido prescrita en la Sanidad Pública y cuya práctica anuló el reclamante. El resultado del TAC practicado en la Sanidad Privada (esto es, carcinoma de laringe) hubiera sido el mismo si se hubiera realizado en la Sanidad Pública.



Respecto a la alegación del reclamante de por qué no se le realizó de forma precoz un TAC, el informe de la Inspección Médica señala que “El protocolo de actuación de las diferentes fuentes consultadas para el diagnóstico de la disfonía nos indica que la actuación médica debe ir orientada en primer lugar a realizar la anamnesis y exploración indirecta para posteriormente hacer una fibroscopia y por último a la microcirugía laringea, quedando el TAC relegado a la descripción de la extensión de la lesión cuando ésta ya ha sido diagnosticada y sirve para la valoración de extensión de cara a la intervención quirúrgica”.

Concluye que el seguimiento del proceso fue el correcto, que se realizaron los procedimientos diagnósticos necesarios en tiempo y forma y que se le detectó el tumor de forma rápida, ya que la microcirugía de junio de 2007 indicaba que no existía proceso tumoral en esas fechas, que se detectó a su vez en octubre de ese mismo año tras las revisiones del paciente y pruebas diagnósticas adecuadas.

El informe elaborado a instancia de la compañía aseguradora ssss en relación con la asistencia prestada al paciente señala que ésta que fue correcta en todo momento: se la derivó desde Atención Primaria a su Centro de Especialidades en el que, tras un estudio adecuado, no se detectó tumor maligno. Tras dos visitas al ORL se consideró necesario realizar una cirugía con biopsia que demostró la ausencia de lesión maligna; y aquélla se repitió cuando existió sospecha de lesión maligna. El paciente acudió a la medicina privada sin motivo justificado. Tras su diagnóstico de sospecha se derivó al paciente al Servicio de ORL hospitalario de xxxx3, donde se le hizo el diagnóstico y tratamiento de forma correcta y diligente. Las secuelas con las que se encuentra el paciente son, en cualquier caso, inevitables.

Por todo lo expuesto y de conformidad con los documentos obrantes en el expediente, las actuaciones llevadas a cabo en la Sanidad Pública fueron realizadas conforme a la *lex artis* y con la patología que presentaba el paciente. La decisión de éste de acudir a la medicina privada fue libre y voluntaria, por lo que en ningún momento puede hablarse de asistencia deficiente.

Tal y como mantiene la jurisprudencia, en nuestro sistema sanitario no existe derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, posibilidad que tiene carácter excepcional, y el beneficiario tiene que justificarla ante los



tribunales, quienes deben proceder con criterio cauteloso para evitar conceder el reintegro de unas cantidades devengadas por cuidados médicos que podrían haberse prestado en instituciones de la Seguridad Social, que disponen de medios técnicos y humanos cualificados.

Asimismo debe analizarse si el tratamiento llevado a cabo en la medicina privada consistió en una asistencia inmediata, urgente y de carácter vital.

El concepto de urgencia vital no está relacionado únicamente con la noción de peligro de muerte, sino con la pérdida funcional de un órgano que impida al que sufre el daño valerse por sí mismo para todos los actos de la vida cotidiana de una manera definitiva, por lo que precisa necesaria e irremediamente de la asistencia de otra persona.

En el presente caso no existe esa urgencia vital y las secuelas que padece el paciente las sufre por culpa del tumor que padecía y no por la actuación médica. Así, el informe de la compañía aseguradora sssss indica que el hecho de que el paciente no haya conservado las funciones de fonación y de respiración por vía natural no es por falta de pericia de los facultativos, sino porque los tumores de laringe de este tipo precisan tal tratamiento quirúrgico.

Al respecto cabe señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 24 de octubre de 2008, fundamento de derecho cuarto: "El concepto de urgencia vital es un concepto circunstancial, dependiendo de muy individualizadas situaciones de hecho difícilmente susceptibles de generalización, pero que, en todo caso, debe entenderse como tal una situación patológica que presumiblemente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo y que exija una acción terapéutica inmediata (SSTS 19 de febrero de 1997). De las pruebas obrantes se acredita que con fecha 9 de septiembre de 2005 es atendido en consultas externas de Traumatología constatando en la Historia Clínica que se indica la realización de una artroscopia pero que el paciente prefiere esperar, por lo que el Especialista le indica potenciar cuádriceps y revisión al mes de 13 de octubre 2005. Y como consecuencia de lo anterior se realizó según el informe de la inspección un tratamiento rehabilitador que duró desde noviembre de 2005 hasta febrero de 2006. Y por último el propio demandante refiere en el hecho 8ª de su demanda in fine que el encargado de la de la ortopedia le dijo que la rodillera no solucionaba nada y que solicitara una nueva consulta y ya no solicitó ninguna revisión ni petición de



consulta, además desde el 14 de febrero de 2006 en el que se le diagnóstico por el (...) el *genus recurvatum* hasta el mes de mayo que se realizó la operación, no consta que el paciente solicitara autorización para acudir a dicha clínica privada, ni tampoco que acudiera a los Servicios Riojanos de Salud para que se valorara la posibilidad de realizar dicha operación, que tal como afirma el perito judicial al contestar a la pregunta 4ª es una operación que se realiza de forma habitual en el Hospital (...). Y por último, dado el tiempo transcurrido entre el diagnóstico y la operación, tal operación no reviste los caracteres 'de urgencia vital'. En definitiva la actuación del demandante (usar los servicios privados) ha sido una opción libre y voluntaria. Por todo lo anteriormente expuesto procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto".

En conclusión, debido a la ausencia de relación causal entre los daños alegados por la reclamante y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, 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 le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.

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