



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero y
Ponente
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 13 de mayo de 2010, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx1 y Dña. xxxx2*, 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 5 de abril 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. xxxx1 y Dña. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo menor de edad, D. ccccc, en los servicios sanitarios públicos.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 14 de abril de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 422/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, 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. Estella Hoyos.

Primero.- El 26 de febrero de 2008 D. xxxx1 y Dña. xxxx2 presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo menor de edad, D. ccccc, por los servicios sanitarios públicos.



En su escrito exponen que el paciente, de 11 años de edad, acude a su pediatra del Centro de Salud de xxxxx el 11 de abril de 2005 por un dolor en la rodilla que le producía cojera. Tras realizar radiografía y analítica, lo deriva al traumatólogo. En la consulta de Traumatología del Centro de Especialidades de xxxxx se indica resonancia magnética inicialmente y radiografía de control todos los meses. El 14 de noviembre pasa a ser atendido en el Hospital de xxxx3, que realiza nueva resonancia magnética y gammagrafía ósea. El paciente es derivado al Hospital hhhh1 de xxxx4, donde el 10 de enero de 2006 se le diagnostica un osteosarcoma telangiectásico de tibia derecha y donde es sometido a intervención y tratamiento oportuno. El día 1 de marzo de 2007 le reconocen una minusvalía del 70 por ciento.

Consideran que existió una grave disfunción asistencial y que no se prestó la asistencia que era exigible. Por ello reclaman por los daños y perjuicios causados una indemnización total de 1.800.000 euros, cantidad que deberá actualizarse conforme al IPC; una pensión vitalicia de 1.200 euros mensuales, que también habrá de actualizarse, y el coste total de por vida de todo tipo de tratamientos en España y en el extranjero, asistencia de terceras personas, ayudas mecánicas y ortopédicas y los gastos que se originen como consecuencia de la eliminación de barreras arquitectónicas.

Adjuntan a la reclamación copias de los documentos nacionales de identidad y Libro de Familia, de informes médicos y documentación clínica, así como documentación acreditativa de tener reconocido un grado de minusvalía.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital de xxxx3 e informe de la Inspección Médica de 18 de julio de 2008, que señala que la enfermedad padecida es grave y aunque el diagnóstico se hubiera podido adelantar, el tratamiento a que obliga nunca le permitiría realizar una vida normal.

Tercero.- Consta en el expediente documentación acreditativa de haberse interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Obra, asimismo, escrito del Jefe de Servicio de Inspección de 18 de



mayo de 2009, 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, se presenta un escrito en el que comunica que la Sala de lo Contencioso Administrativo está conociendo sobre estos mismos hechos.

Quinto.- El 2 de marzo de 2010 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Sexto.- El 16 de marzo 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 (26 de febrero de 2008) hasta que se



efectúa la propuesta de orden (2 de marzo 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 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.

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 (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, nexos causales que implican 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 aquél 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".

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a desestimar la reclamación planteada, ya que de la documentación obrante en el expediente se desprende que no concurre la actuación negligente que se imputa a los servicios sanitarios públicos.



Es necesario destacar en primer lugar, como se ha señalado, que al tratarse de 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 realiza el tratamiento.

Alega la parte reclamante que existió un retraso diagnóstico con la consiguiente pérdida de oportunidad terapéutica y falta de información asistencial.

Conforme manifiesta la Inspección Médica, los sarcomas son neoplasias mesenquimatosas e infrecuentes que se originan en el hueso y en los tejidos blandos. Entre los sarcomas óseos se distinguen los tumores benignos y malignos, al que pertenece el osteosarcoma. El osteosarcoma telangiectásico, por su parte, es una forma inusual de osteosarcoma (2,5-12%), con datos epidemiológicos y síntomas similares a los de los osteosarcomas convencionales con la particularidad de presentar múltiples cavidades dilatadas que contienen sangre con septos y células sarcomatosas de alto grado en la periferia. El tratamiento es similar al de otros osteosarcomas y su pronóstico, aunque inicialmente se pensó que era mucho peor, actualmente se considera similar o levemente mejor. El diagnóstico de un tumor óseo maligno se basa en la conjunción de datos clínicos, de imagen y patológicos. Entre las exploraciones de imagen, la radiografía simple sigue siendo la fundamental y puede ser suficiente en algunas lesiones como prueba complementaria, con más valor incluso que los hallazgos anatomopatológicos que puede proporcionar una biopsia.

En el presente caso, el paciente acudió el 11 de abril de 2005 al pediatra quien, al presentar dolor en rodilla derecha y, tras solicitar analítica y una radiografía, lo deriva al Servicio de Traumatología del Centro de Especialidades que lo valora el día 24 de abril. Dicho Servicio, una vez evaluadas las imágenes, solicitada una resonancia magnética urgente que no muestra ninguna agresividad y a la vista del informe requerido al Responsable de la Unidad de Tumores Músculo-Esqueléticos del Hospital hhhh2 de xxxx5, opta por la vigilancia mediante controles mensuales si no hay cambios en la clínica del paciente. En octubre se producen cambios en las imágenes por lo que se deriva al niño al Hospital de xxxx3, que solicita nueva resonancia magnética y gammagrafía ósea y finalmente decide, el 30 de diciembre de 2005, el traslado



al centro de referencia Hospital hhhh1 de xxxx4 para biopsia y tratamiento definitivo.

A la vista de ello, según señala la Inspección Médica, no existe la grave disfunción asistencial alegada. Al inicio de la enfermedad, los datos clínicos, radiográficos y de resonancia magnética no mostraban ninguna agresividad, el paciente estaba asintomático y hacía vida normal, por lo que la vigilancia estrecha es un proceder correcto y la repetición de radiografías en cortos intervalos de tiempo -que es lo que se hizo- tiene un gran valor diagnóstico. La biopsia estaría justificada en un paciente sintomático con una imagen con signos de agresividad; únicamente cuando la osteolisis aumentó, fue cuando se indicó.

Añade que, conforme la literatura existente al respecto, la enfermedad muy grave que padecía el paciente se manejó de forma correcta desde el punto de vista diagnóstico y terapéutico, que no se pudo diagnosticar antes al no existir criterios clínicos ni de imagen de sospecha en un primer momento y, en cuanto al pronóstico, que probablemente seguiría siendo malo aunque se hubiera podido adelantar el diagnóstico del osteosarcoma talangiectásico.

Por otro lado y por lo que respecta a la alegada falta de información, tal y como reconoce la Inspectora Médica, el hecho del seguimiento estrecho del paciente desde la primera consulta traduce la percepción de tal necesidad por parte de los facultativos, que nunca minusvaloraron una lesión que parecía benigna y ese seguimiento estrecho y necesidad de vigilancia de la lesión, como es obvio, fue puesto de manifiesto a la madre. En todo caso, sí se informó a la familia cuando la lesión se modificó en la radiografía.

Estas afirmaciones no han sido desvirtuadas por las alegaciones de la parte reclamante, que aunque cuestiona la asistencia médica practicada y con ello la observancia de la *lex artis*, no son avaladas por informe alguno y ceden, por tanto, frente a la rotundidad con que las opiniones técnicas señaladas dictaminan a favor de la corrección del tratamiento dispensado en todo momento a la paciente, juicios que tienen, además, la garantía de haber sido emitidos por profesionales médicos.

Por todo ello puede considerarse, al acoger dichos argumentos, que no existen razones objetivas que permitan constatar que la actuación de los profesionales haya sido negligente e incorrecta, ni que los medios utilizados



hayan sido inadecuados por lo que no cabe apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

6ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar que los interesados han 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 ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.

Por último, este Consejo se ve igualmente en la obligación de poner de manifiesto que, la demora injustificada en resolver el presente expediente de responsabilidad patrimonial, y la consiguiente ausencia de causas expresas denegatorias de su reclamación -la desestimación se produce por silencio administrativo-, ha llevado a acudir a la vía judicial, con los gastos que esto conlleva de procurador y abogado, entre otros. Si bien es cierto que el cumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver en plazo no hubiera impedido, en este caso, que se acudiera a la vía judicial, también lo es que los argumentos en que se fundamenta la desestimación es posible que hubieran hecho desistir de esta opción.

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. xxxx1 y Dña. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo menor de edad, D. ccccc, en los servicios sanitarios públicos.

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