



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero y
Ponente
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 20 de diciembre de 2012, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx*, 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 22 de noviembre de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx, representado por D. yyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 27 de noviembre de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 863/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Velasco Rodríguez.

Primero.- El 10 de febrero de 2011 D. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, debido a los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del error y consiguiente retraso en el diagnóstico del tumor maligno que padecía en su



pie derecho, que ocasionó su amputación, la incapacidad permanente del reclamante y graves daños psicológicos. Expone que "el retraso de 11 meses en aplicar la solución quirúrgica dio lugar a que el cáncer pasara de un estadio IIIA a un IIIC, lo que significa que ha disminuido la posibilidad de supervivencia del paciente en un 60%". Reclama una indemnización de 607.323,04 euros por los daños y secuelas padecidos.

Segundo.- Obra en el expediente la historia clínica del paciente relativa a los hechos reclamados, un informe del Servicio de Traumatología del Hospital hhhh de 16 de marzo de 2011, que expone el proceso asistencial desarrollado, y un informe de la Inspección Médica de 15 de junio de 2011, que concluye: "sin ninguna duda, que se ha producido un error diagnóstico que ha dado lugar a un diagnóstico correcto tardío de una enfermedad en fase muy avanzada y que no ha permitido el tratamiento precoz del paciente y sí su evolución desfavorable y con gravísimas consecuencias para él".

Tercero.- El interesado ha interpuesto un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de su reclamación. Dicho recurso fue admitido a trámite por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dio lugar al Procedimiento Ordinario nº 1682/2011 y la Administración remitió el expediente administrativo al órgano judicial el 28 de febrero de 2012. Se desconoce el estado en el que se encuentra el proceso.

Cuarto.- El 18 de enero de 2012 se notifica al reclamante la concesión del trámite de audiencia.

El 6 de febrero D. yyyy, en nombre y representación de D. xxxx, presenta un escrito en el que comunica que el asunto se encuentra en vía judicial y reitera la pretensión resarcitoria. Aporta el documento acreditativo de la representación que ostenta.

Quinto.- El 9 de febrero el Jefe del Servicio de Inspección remite a la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxx1, para su puesta a disposición del reclamante en un nuevo trámite de audiencia, un dictamen médico realizado por qqqq el 9 de enero de 2012, a instancia de la compañía aseguradora de la Administración (en adelante, dictamen médico).



Dicho dictamen concluye que "la lesión extirpada en 2009, inicialmente diagnosticada de tumor de células gigantes de la vaina tendinosa, resultó ser un melanoma. Su gran tamaño y su profundidad implicaban un pronóstico vital infausto, por lo que el retraso en el diagnóstico no originó una pérdida de oportunidad significativa".

Sexto.- El 22 de febrero la Inspección Médica informa de que, a la vista de las alegaciones del reclamante, no considera realizar ninguna observación sobre ellas y mantiene las conclusiones y la propuesta de indemnización formulada en su informe anterior.

Séptimo.- En un nuevo trámite de audiencia el 1 de marzo la parte reclamante presenta un escrito en el que reitera su pretensión por las secuelas padecidas por éste y reclama a la Administración, también, los gastos del paciente por el tratamiento recibido en la sanidad privada, a la que tuvo que acudir ante "el grave error asistencial de la sanidad pública (9.458,37 euros).

Cuantifica la indemnización solicitada en 616.781,41 euros "sin perjuicio de que se vayan añadiendo nuevos gastos, todo ello más los intereses legales oportunos, cantidad que deberá ser actualizada conforme al IPC, solicitándose además el coste total de por vida del tratamiento médico, y/o rehabilitador completo en España y fuera de España, y el coste total de las asistencias de terceras personas diarias y permanentes, ayudas mecánicas y ortopédicas, así como las que se originen como consecuencia de la eliminación de barreras arquitectónicas (...)".

Adjunta copia de las facturas de los gastos médicos abonados por la asistencia médica privada.

Octavo.- Ante las alegaciones realizadas, el 16 de marzo la Inspección Médica emite un nuevo informe en el que señala que "no corresponde al Sistema de Salud de Castilla y León asumir el coste de la asistencia sanitaria que el paciente está recibiendo en la Clínica hhhh1 desde el 7 de marzo de 2011 hasta la actualidad, por tratarse de tratamiento oncológico que puede ser realizado en cualquiera de los dos hospitales de xxxx1, Hospital hhhh y Hospital hhhh2. El paciente en uso de su libertad de elección, decide continuar con su tratamiento en un centro sanitario privado, ajeno al Sistema Nacional de Salud y evidentemente en este caso debe asumir el coste económico del mismo". En



cuanto al resto de alegaciones formuladas, se ratifica en las conclusiones y en la propuesta de indemnización formulada en su primer informe.

Noveno.- El 4 de julio se comunica a la parte reclamante un informe de valoración de daños de 23 de abril, en que se valoran éstos en 237.136,93 euros y la pérdida de oportunidad se cuantifica en el 40%, por lo que resultaría una indemnización de 94.854,77 euros.

Décimo.- El 18 de julio el interesado presenta un escrito en el que rechaza la valoración de la pérdida de oportunidad en el 40%, incrementa la cuantía solicitada por gastos médicos hasta 25.682,76 euros y cuantifica la indemnización reclamada en 633.005,80 euros, "sin perjuicio de que se vayan añadiendo nuevos gastos, todo ello más los intereses legales oportunos, cantidad que deberá ser actualizada conforme al IPC, solicitándose además el coste total de por vida del tratamiento médico, y/o rehabilitador completo en España y fuera de España, y el coste total de las asistencias de terceras personas diarias y permanentes, ayudas mecánicas y ortopédicas, así como las que se originen como consecuencia de la eliminación de barreras arquitectónicas (...)".

Decimoprimer.- El 25 de julio de 2012 se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación, en la que se reconoce al reclamante una indemnización de 98.581,72 euros (resultado de aplicar a una valoración de daños de 246.454,31 euros el 40% de pérdida de oportunidad).

Decimosegundo.- El 31 de octubre de 2012 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa la 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 Primera emitir el



dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.f), del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la 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 (10 de febrero de 2011) hasta que se formula la propuesta de orden (25 de julio de 2012). Esta circunstancia constituye un incumplimiento de los plazos previstos en el artículo 13.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, y por tanto 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 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 el 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, 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 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.

Finalmente, debe mencionarse la reiterada jurisprudencia 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, no existe discusión sobre la realidad del error diagnóstico y sobre su fatal incidencia en la evolución del paciente. El informe de la Inspección Médica y el dictamen médico constatan que existió un retraso de alrededor de un año en el diagnóstico correcto del melanoma que padecía el paciente y que ello le ha ocasionado una pérdida de oportunidad.



Existe, pues, un evidente nexo causal entre los daños sufridos por el reclamante y el funcionamiento del servicio público, por lo que la reclamación debe estimarse.

6ª.- En cuanto al importe de la indemnización, la parte reclamante y la Administración discrepan sobre el porcentaje en el que se valora la pérdida de oportunidad sufrida y sobre la pertinencia o no de indemnizar los gastos médicos sufridos en la sanidad privada.

Con carácter previo al análisis de estas cuestiones, debe recordarse que el Consejo Consultivo, al dictaminar sobre los expedientes sometidos a consulta, ha de pronunciarse únicamente sobre las actuaciones practicadas por la Administración y sobre la documentación obrante en el expediente, sin que quepa presumir hechos o circunstancias cuya realidad no esté acreditada en él.

En el supuesto analizado, el reclamante cuantifica los daños reclamados en 1.012.205,07 euros y cuantifica la pérdida de oportunidad sufrida en un 60%. Sin embargo, no aporta ningún informe médico que avale tal valoración ni su discrepancia con la valoración de la pérdida de oportunidad en el 40%.

La Administración, en cambio, ha aportado al expediente un informe de valoración que cuantifica los daños en 237.136,93 euros (93.169,29 euros por lesiones permanentes y perjuicio estético y 143.967,64 euros por invalidez permanente absoluta y adecuación del vehículo) y valora la pérdida de oportunidad en un 40% por el cambio de un estadio IIIA (cuya supervivencia a 5 años se estima entre un 63-69%) a un estadio IIIC (cuya supervivencia a 5 años se estima entre un 24-29%), debido al retraso diagnóstico.

Ante la ausencia de informe alguno del reclamante que permita llegar a otra conclusión, ha de admitirse la valoración realizada por la Administración, ya que ésta se considera adecuada y suficientemente motivada. Igualmente, el incremento de la indemnización por incapacidad permanente en un 10% en concepto de factor de corrección (no contemplado en el informe de valoración) recogido en la propuesta de orden resulta adecuado.

No obstante, se aprecia un error aritmético en el cálculo. La valoración de las lesiones permanentes y secuelas (93.169,29 euros) debe incrementarse, de acuerdo con los factores de corrección previstos en los baremos oficiales



publicados por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en 9.316,93 euros (10 % de aquella cantidad, por perjuicios económicos) más 143.967,64 euros por los conceptos de incapacidad permanente absoluta y de adecuación del vehículo; ello hace un total de 246.453,86 euros (no de 246.454,31 euros, como se recoge en la propuesta de orden). Como se ha expuesto, dicha cantidad hay que minorarla hasta el 40% (porcentaje en el que se valora la pérdida de oportunidad), por lo que la cuantía indemnizatoria sería 95.581,54 euros (en lugar de 98.581,72 euros, que señala la propuesta de orden).

Por otra parte, aun cuando la propuesta de orden no se pronuncia sobre el resarcimiento de los gastos sufragados en la sanidad privada (pretensión incorporada en escritos posteriores a la reclamación), este Consejo considera que no procede su abono, ya que el paciente acudió a la medicina privada de manera voluntaria, sin haber agotado los recursos disponibles de la sanidad pública.

En definitiva, la cantidad propuesta por la Administración (98.581,54 euros) se considera adecuada, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

7ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar que el interesado ha interpuesto un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de su reclamación, 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 otra parte, en el caso de estimarse la reclamación, se considera conveniente que se comunique la resolución al órgano jurisdiccional que juzgue el asunto, a los efectos que dispone el artículo 76 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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 al interesado a acudir a la vía judicial, con los gastos que esto conlleva de procurador y abogado, entre otros.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 98.581,54 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de reclamación presentada por D. xxxx, representado por D. yyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1.

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