



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero
Sr. Ramos Antón, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de agosto de 2015, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx1*, 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 21 de julio de 2015 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 Dña. xxx1, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 285/2015, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014 de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

Primero.- El 28 de enero de 2014 Dña. xxx1 presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.



En su escrito expone que "fue diagnosticada el 9 de diciembre de 2008 de carcinoma ductal infiltrante en la mama derecha (...). Es tratada con mastectomía y vaciamiento axilar derechos y quimioterapia posterior. El 21 de marzo de 2012 se objetiva una recidiva de partes blandas intraclavicular derecho, tratada con quimioterapia con Taxol y leuprolide, conseguida respuesta parcial por TAC. El 7 de febrero de 2012 – en realidad la fecha que transcribe la reclamante debe considerarse un error, pues el TAC referido es realizado el 7 de febrero de 2013 - se realiza un TAC en el que se observa progresión tumoral en región superior de pared torácica derecha por lo que comienza tratamiento con Capecitabina. La paciente fue remitida a Servicio de Cirugía Torácica del Hospital hhh1 desestimando cualquier cirugía y al Servicio de Radioterapia del Hospital hhh2 de xxxx1 desestimándose la radioterapia locorregional.

»Para obtener una segunda opinión médica la paciente acude a la clínica hhh3 de xxxx2 donde le indican que sí se puede dar el tratamiento radioterápico IMRT control Rapid Ara con IGRT, según el informe que se adjunta de la propia clínica, habiéndose desestimado cualquier tratamiento radioterápico locoregional en el servicio de salud de Castilla y León.

»La misma técnica podía haber sido practicada en los Centros Hospitalarios Públicos de la Comunidad de Castilla y León, ya que al ser derivada por el Servicio de Oncología de xxxx3 para que siguiera el tratamiento adecuado, pues aunque no era posible la radioterapia locoregional convencional, conforme estimaron en el Servicio de Radioterapia del Hospital hhh2 de xxxx1, sí que lo era la IMRT según los profesionales de la Clínica hhh3".

Considera, en definitiva, que ante la falta del debido tratamiento de radioterapia de intensidad modulada (IMRT) que pudo haberse prestado en la sanidad pública, tuvo que acudir a un centro privado.

Solicita una indemnización de 20.157,62 euros: 18.496,34 euros por el abono de los gastos ocasionados por el tratamiento en la sanidad privada y 1.661,28 euros por los gastos de desplazamiento y dietas.



Adjunta a la reclamación diversa documentación médica, entre ella, copias del informe de la Clínica hhh3 de finalización de tratamiento de IMRT de 16 de abril de 2013, que indica que la paciente acude a la Unidad el 27 de febrero de 2013, y de facturas de la asistencia privada a la que acudió.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe de la especialista en Oncología del Complejo Asistencial de xxxx3 de 18 de febrero de 2014, informe del Jefe de Sección de Oncología del Complejo Asistencial de xxxx3 de 19 de febrero e informe de la Inspección Médica de 19 de mayo.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia, el 29 de mayo D. xxx2, marido de la reclamante, tras informar del fallecimiento de ésta, aporta copia de certificado de defunción y se persona en el expediente como interesado.

El 10 de junio Dña. xxx3, hija de la reclamante, presenta alegaciones en las que manifiesta actuar en interés de los herederos de la fallecida.

El 17 de junio de 2014 D. xxx2 presenta alegaciones en las que señala que actúa en representación de su hijo D. xxx4 y en interés de los herederos de la fallecida. Aporta copia del Libro de Familia y de poder de representación otorgado por su hijo.

Cuarto.- El 4 de junio de 2015 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Quinto.- El 2 de julio de 2015 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.i), 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.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, 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 (28 de enero de 2014) hasta que se formula la propuesta de orden (4 de junio de 2015). 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, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder, 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. Al haber fallecido la interesada durante la tramitación del procedimiento, es preciso tener en cuenta el artículo 31.3 de la citada norma, que prevé que cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento. Por otro lado, el artículo 657 del Código Civil dispone que "Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte". El artículo 659 del mismo Código establece que "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte", y el artículo 661 dispone que "Los herederos



sucedan al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”.

La Administración ha dado por cierta la concurrencia en los derechohabientes de las condiciones de capacidad, legitimación y representación.

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 pueda producirse.

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 (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.

El informe de la Inspección Médica avala la adecuación de las actuaciones sanitarias llevadas a cabo y pone de manifiesto que la actuación médica seguida con la paciente se ha ajustado en todo momento a la *lex artis ad hoc* y que se utilizaron todos los medios precisos para dar la asistencia adecuada a la patología que presentaba. Además, indica que aunque en agosto de 2012 no se podía radiar sobre el área anteriormente radiada, “se volvió a solicitar la técnica IMRT al Hospital hhh2 de xxx1, tras intentar evitar la progresión de su proceso mediante quimioterapia, y por expreso deseo de la paciente, tras ser informada en un organismo privado de que existía tal técnica, se realiza la petición a los servicios del SACYL, donde tiene una primera consulta el 22/04/13, pero debido, quizá, al impacto emocional que la gravedad y el estadio evolutivo de la enfermedad hace que el paciente marque el ritmo, los tiempos en la red pública no son los mismos, debido a que los recursos humanos y materiales son limitados”.



El Jefe de Sección de Oncología señala en su informe que el 27 de febrero de 2013 la paciente pide una segunda opinión médica a la Clínica hhh3 y que el 4 de marzo de 2013 se solicita la técnica IMRT al Hospital hhh2 de xxx1.

No consta que una vez solicitado el tratamiento propuesto en el centro privado éste se hubiera denegado, sin perjuicio de que, tal y como pone de manifiesto el informe de la Inspección Médica, el tiempo para su realización en la sanidad pública pudiera resultar más dilatado, por lo que no puede imputarse una indebida denegación de asistencia. Ello sin que conste que el tratamiento mediante la técnica IMRT hubiera resultado indicado y pertinente con anterioridad a tal fecha.

En definitiva, no se ha probado la existencia de una mala *praxis* o de un retraso asistencial en el tratamiento sanitario prestado a la paciente. En este sentido, el informe de la Inspección Médica concluye que "Se han adoptado todas las medidas terapéuticas aconsejadas por los protocolos médicos actuales en el tratamiento de cáncer de mama y con todos los medios a disposición de la red SACYL, sin poner objeciones a los tratamientos que dicha red posee, incluso fuera de nuestra Comunidad", y que "la actuación profesional multidisciplinar que el tratamiento de cáncer de mama requiere ha sido el adecuado a *lex artis* en todo el proceso de D^a xxx1, a pesar de la mala evolución de su enfermedad, con imposibilidad para la resección completa por su progresión local y a distancia (...)".

Finalmente la Inspección Médica también pone de manifiesto que la introducción de técnicas innovadoras (como supone el tratamiento de radioterapia de intensidad modulada) tiene limitaciones y riesgos que son difíciles de evaluar y su eficacia debe ser contrastada con estudios continuados que demuestran que el uso racional de los recursos sanitarios realmente produce un beneficio clínico. En el presente caso, lamentablemente, no se ha acreditado que dicha técnica hubiera producido una mejoría de su estado.

La obligación sanitaria, como es sabido, consiste en aplicar conforme a la *lex artis* los medios humanos y técnicos precisos para lograr los resultados y, en este caso, se ha cumplido la obligación de medios, si bien la causa de que el resultado final no fuera el deseado es ajena a la asistencia sanitaria prestada.



En definitiva, a la vista de lo expuesto, se considera que la asistencia sanitaria prestada fue correcta y adecuada a la técnica, a los conocimientos de la ciencia y a las recomendaciones y protocolos establecidos, por lo que no se produjo un funcionamiento anormal o deficiente del servicio público sanitario como se alega, conclusión que no resulta desvirtuada por informe pericial alguno.

Por todo ello puede considerarse que se está ante un supuesto de opción por la medicina privada, que si bien es humanamente comprensible, jurídicamente no puede ser viable a efectos de obtener indemnización por los gastos que ello ocasione y, en consecuencia, 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 procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx1, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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