



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 19 de septiembre de 2018, 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 21 de agosto de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhh1 de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha de 22 de agosto de 2018, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 381/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, 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. Ramos Antón.

Primero.- El 7 de junio de 2016 D. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autónoma, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhh1 de xxxx1.

Expone en su escrito que, tras sufrir un accidente laboral el 20 de septiembre de 2013 con lesiones en los ojos y ser atendido por su mutua, ésta se niega sistemáticamente al pago de tratamiento de suero enriquecido con plaquetas PRGF, prescrito como alternativa a los tratamientos convencionales que no han dado resultado para los caso de sequedad ocular SOS, a pesar de estar recogido como tratamiento en el Hospital hhh1 de xxxx1.

Tras relatar diferentes vicisitudes con su mutua y haber agotado otras medidas terapéuticas, pasados los 365 días de baja laboral, expone que el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), en Resolución de 11 de febrero de 2015, "decide prorrogar la situación de IT para proponer suero enriquecido PRGF como tratamiento alternativo, propuesto por la Clínica hhh2 y por el Centro Oftalmológico hhh3 de xxxx1, tratamiento solicitado por escrito desde marzo del 2014 tanto a la mutua (...) como el Hospital hhh1 de xxxx1, los cuales se niegan (sic) sistemáticamente por considerar que no está indicado por dicha patología".

Considera así que se encuentra ante un caso de denegación de asistencia y de pérdida de oportunidad, lo que le está produciendo unos padecimientos que dirige contra su mutua y que cifra en 17.567,85 euros, si bien en el suplico de su reclamación dirige la reclamación frente al hospital, al que reclama idéntica cantidad.

Mediante escrito de 29 de julio de 2016 reduce la cuantía indemnizatoria a 10.134,2 euros, cantidad que incrementa hasta los 10.363,20 euros en escrito de 28 de noviembre de 2016.

En escrito ulterior precisa que la reclamación se dirige conjunta y solidariamente frente a la mutua y el Hospital hhh1 de xxxx1, al que reclama por daño moral, material y de falta de oportunidad.

Adjunta diversa documentación médica, entre la que cabe destacar el escrito de denegación del tratamiento del Hospital hhh1 de xxxx1 de 10 de junio de 2014, en el que, en respuesta a su petición, se indica que la solicitud de tratamiento no se ajustaría en principio a los protocolos de asistencia del hospital para tratamiento con derivados hemáticos; informe pericial en el que se concluye que, tras haber recibido suero enriquecido, ha mejorado en su

estado de salud, lo que le ha permitido su reincorporación a su actividad laboral; o diversa literatura médica en la que se indica la pertinencia del tratamiento – entre otros, artículo de un facultativo que asiste al paciente en el Hospital hhh1 de xxxx1; escrito del Procurador del Común de 8 de marzo de 2011 en el que se concluye que debería valorarse la estimación de la prestación de otra paciente en similares características; Resolución del INSS de 11 de febrero de 2015 en la que indica que no se han agotado las posibilidades terapéuticas y se propone tratamiento con suero enriquecido con factores de crecimiento; escrito de hasta cuatro clínicas privadas donde se indica que la orientación terapéutica se dirige hacia el tratamiento con suero autólogo.

Segundo.- Al expediente se han incorporado, además de la historia clínica, informe del facultativo oftalmólogo del Hospital hhh1 de xxxx1 de 12 de septiembre de 2016, en el que no se opone a la aplicación de suero PRGF (qqqq), y de la Inspección Médica de 30 de noviembre de 2016.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia al reclamante, el 22 de mayo de 2017 presenta alegaciones en las que se ratifica en su pretensión inicial y aumenta el *quantum* indemnizatorio a 17.808,63 euros. Adjunta informe médico pericial.

Cuarto.- Previa ratificación de la Inspección Médica en su informe anterior, el 7 de enero de 2018 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación presentada.

Quinto.- El 16 de julio de 2018 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, ambas normas aplicables *ratione temporis* al presente procedimiento.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (7 de junio de 2016) hasta que se formula la propuesta de orden (7 de enero de 2018). 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 al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

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 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 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 no comparte el criterio de la propuesta de orden que considera que procede desestimar la reclamación planteada.

Es necesario señalar que la reclamación se interpone por una deficiente atención, como es la negativa a aplicar un tratamiento, por lo que tuvo que acudir a la medicina privada como única alternativa con la que contaba el paciente para el alivio de su sintomatología.

Así, se invoca en la reclamación una supuesta deficiente atención sanitaria prestada por los servicios sanitarios del Sacyl, en el sentido de haberle sido denegado el tratamiento con suero enriquecido, propuesto tanto por el interesado de forma directa, avalado con un importante esfuerzo probatorio por su parte en orden a la incorporación de literatura médica que ratifica su indicación en casos como el suyo, como también a consecuencia de la Resolución del EVI de 11 de febrero de 2015.

Ante tal petición se deniega el referido tratamiento porque, según el facultativo que la asiste, no resulta indicado de conformidad con los protocolos del Hospital hhh1 de xxxx1. Sin embargo, cabe señalar que requeridos esos protocolos por parte de la Inspección Médica no son aportados al expediente. En relación con este extremo procede traer a colación el informe de la referida Inspección en el que indica que, requeridos aquellos, el 8 de noviembre de 2016 se recibe la respuesta de que no existe aprobado "protocolo de asistencia para tratamiento de afecciones oculares con derivados hemáticos", así como que la indicación unánimemente aceptada por la comunidad científica son las situaciones en las que hay patología trófica de la córnea".

De conformidad con lo expuesto, este Consejo Consultivo se muestra disconforme con el criterio sostenido por la propuesta de resolución y comparte el criterio de la Inspección Médica de que el paciente debe ser indemnizado.

Cabe poner de manifiesto la endeble argumentación sostenida por la Administración sanitaria, al no aportar los protocolos en los que descansa su negativa a suministrar el suero indicado ni, por otra parte, justificar el cambio de criterio y acordar meses después su suministro, sin apreciarse cambios sustanciales en su patología. En este sentido, debe señalarse que la presunción favorable a la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración que

puede generar un mal resultado o lesión cuando ésta -por su desproporción con lo que es usual en otros casos, según las reglas de la experiencia y el sentido común- revele una posible negligencia en los medios empleados según el estado de la ciencia, o el descuido en su utilización hace que los principios generales aplicables a la carga de la prueba se excepcionen, o se apliquen con las matizaciones precisas. En el presente caso, además de la deficiente justificación para denegar el tratamiento, debe añadirse el importante esfuerzo probatorio efectuado por la reclamante, con incorporación de abundante literatura médica que acredita las posibilidades terapéuticas del tratamiento solicitado y que, finalmente, recibe de la sanidad pública.

Por ello, al margen de las actuaciones derivadas del accidente laboral sufrido, que deberán sustanciarse con su mutua, lo cierto es que, a la luz de lo expuesto y de los datos y las consideraciones recogidas en los informes obrantes en el expediente, se estima que resulta acreditado que existió una actuación inadecuada en la asistencia sanitaria prestada, por cuanto no se encuentra justificación suficiente para la denegación del tratamiento, motivo por el que la reclamación debe ser estimada.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización a satisfacer, si bien circunscrita a la responsabilidad del Sacyl, cabe señalar que este, dado el sentido desestimatorio de su propuesta, no ha entrado a valorar las concretas partidas que se reclaman, motivo por el cual habrá de determinarse en expediente contradictorio instruido al efecto.

No obstante, dados los hechos reproducidos como padecimientos sufridos derivados de su dolencia, se considera que procede indemnizar en concepto de daño moral la cuantía de 6.000 euros, cantidad que deberá verse incrementada con la presentación de las facturas sufragadas por el paciente desde la negativa a la prescripción del tratamiento (cuya primera solicitud data de mayo de 2014) hasta su dispensa por el servicio público de salud (salvo error, en mayo de 2015).

Ello al margen de la posible repetición que en su día pudiera acordarse en virtud de las relaciones que existan entre la mutua y el Sacyl, que sería objeto de un posterior procedimiento *ad hoc*.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria, en los términos señalados en el presente dictamen, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de a instancia de D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhh1 de xxxx1.

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