



Sr. Amilivia González, Presidente

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

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 11 de enero de 2019, 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 diciembre 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 por D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 26 de diciembre de 2018, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 554/2018, 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. Sobrini Lacruz.

Primero.- El 23 de septiembre de 2016 D. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios ocasionados por un retraso en la realización de una prueba



diagnóstica e intervención quirúrgica en el hhhh, que le ha ocasionado una pérdida de oportunidad y gastos por su realización en la medicina privada.

Expone que el 8 de junio de 2016 fue informado de que en la realización de colonoscopia se observa una lesión con biopsia de adenocarcinoma infiltrante y lesión en colon transverso y sigma con biopsia de pólipos vellosos, que precisa tratamiento quirúrgico. El 8 de julio de 2016 el Servicio de Cirugía General del xxx le recomendó la realización de RMN, prueba que se llevó a cabo en centro privado el 18 de agosto de 2016, seguida de intervención el 24 de agosto de 2016. El día siguiente a esta intervención fue citado por el Servicio de Radiología del xxx para la realización de RMN el 29 de agosto de 2016.

Señala que "La lesión de colon de la que fui intervenido está clasificada como prioridad quirúrgica 1 y el tiempo medio de espera debe ser de 21 días (desde que se comunicó el diagnóstico hasta que se me citó para la RMN habían transcurrido 81 días, si a ello añadimos que, según me informaron en consulta, transcurriría un mes más hasta la cirugía, serían alrededor de cuatro meses que para ésta patología es desaconsejable a todas luces según todos los criterios) debido a la importancia del tratamiento precoz en relación con las secuelas y evolución posterior de la enfermedad".

El 7 de diciembre aporta al expediente las facturas de los gastos, que ascienden a un total de 14.822,38 euros.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, informes del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo de 24 de octubre de 2016 y 7 de marzo de 2018, del Servicio de Radiología de 15 de febrero de 2018, del Servicio de Admisión y Documentación Clínica de 16 de febrero de 2018, de la Inspección Médica de 7 de diciembre de 2016 y de la compañía aseguradora de la Administración de 29 de marzo de 2017.

Tercero.- Concedido el 10 de mayo de 2018 trámite de audiencia al reclamante, el 22 de mayo presenta alegaciones en las que reitera la pretensión y cifra la indemnización en 17.219,24 euros. A su vista la Inspección se ratifica en su informe anterior.



Cuarto.- El 30 de octubre se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación, por importe de 484,74 euros por los gastos de realización de la RMN en el centro privado.

Quinto.- El 23 de noviembre 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. Corresponde 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 (en adelante RPRP), aplicables a este procedimiento por razones temporales, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No obstante, se incumple el plazo máximo de resolución y notificación establecido en el artículo 13.3 del RPRP, lo que no elimina la obligación de dictar resolución expresa conforme a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Tal dilación 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 contraría los principios de buena administración y el de control del gasto público ligado a la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria, considerado el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que como indemnización se vaya a conceder a la 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, en atención a la fecha de los hechos (previa a la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), 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 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.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por D. xxxx, debido a los daños sufridos por una deficiente gestión de la lista de espera quirúrgica por parte de la Administración sanitaria.

En cuanto a si soportar o no una lista de espera constituye un daño antijurídico, la Sentencia de 29 de febrero de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Valladolid), señala lo siguiente:

“Sobre las denominadas listas de espera, cuya existencia ha de considerarse inevitable, la [Sentencia de la Audiencia Nacional] de 24 de noviembre de 2004 recoge su doctrina -que compartimos- comenzando por citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 24 de septiembre de 2001, que declara que `Ello no obsta para dar la razón a la parte recurrente cuando afirma que los medios de la Administración no pueden ser ilimitados. Nadie pretende tal cosa. Ni respecto de la Administración sanitaria, ni respecto de ninguna otra. El llamado régimen “de cola” es criterio -alumbrado de antiguo- que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitada, y con ello hay que contar (...). No se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga



de medios ilimitados -lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles, dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en la cola. Posteriormente la [Sentencia de la Audiencia Nacional] que venimos citando reproduce la suya de 31 de mayo de 2000, señalando que `para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de unos medios materiales y humanos limitados, medios que gestiona y con los que tiene que atender, en función de la organización sanitaria cierto número de beneficiarios. En este contexto la llamada lista de espera es una realidad en sí jurídica y como tal tiene su previsión legal. Así se deduce, por ejemplo, del artículo 16.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con el artículo 28.2 del Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, sobre Hospitales gestionados por el Insalud; también se refleja en la Orden Ministerial de 1 de marzo de 1999 o en el acuerdo 4º de la Resolución de 26 de octubre de 1998; es más, algunas normas autonómicas regulan esa realidad como es la Ley Foral 12/1999, de 6 de abril, o la Ley 2/1989, de 1 de abril, del Servicio Aragonés de Salud.

»Que desde la juricidad (sic) de la lista de espera y al margen del reintegro de gastos, en centros privados, cabe entender que serán daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Por contra el daño que se sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada', declarando la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia] de La Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 27 de mayo de 2004, que `En principio debe indicarse que el Sistema de Asistencia Sanitario Público tiene unos recursos limitados que implican la necesidad de existencia de lista de espera, y en principio esta circunstancia no genera responsabilidad patrimonial, siempre y cuando dicha espera deba considerarse razonable y adecuada, para lo cual deberá de atenderse a las circunstancias concretas de cada caso' (...)"



Expuesto lo anterior, en el supuesto sometido a dictamen, como señala el informe del Servicio de Admisión y Documentación Clínica del xxx de 16 de febrero de 2018 "el plazo máximo establecido para intervenir los tumores es de 30 días con independencia de la prioridad marcada". Ello es acorde con lo previsto en el artículo 11. 1 del Decreto 68/2008, de 4 de septiembre, por el que se crea el Registro de pacientes en lista de espera de atención especializada y se regulan las garantías de espera máxima en intervenciones quirúrgicas en el Sistema de Salud de Castilla y León, según el cual "Los plazos máximos de espera serán los establecidos en el Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, para las intervenciones quirúrgicas programadas que en el mismo se relacionan con la excepción de la cirugía oncológica y cirugía cardiaca no valvular que serán de 30 días naturales".

El mismo artículo 11, en el apartado 3, determina que "El cómputo de los plazos a que se hace referencia en este artículo, se iniciará al día siguiente de la fecha de entrada en el registro de pacientes en lista de espera, la cual se formalizará de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 del presente Decreto". Según el artículo 8.1, "Será requisito previo para que se produzca la inclusión en el Registro de lista de espera de los pacientes pendientes de intervención quirúrgica programada, que un médico especialista quirúrgico habilitado por la Gerencia Regional de Salud haya prescrito la necesidad de realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico cuya realización requiera la utilización de un quirófano. Asimismo, será necesario que el paciente manifieste su conformidad a la inclusión en el citado registro mediante la firma del documento de solicitud de inclusión en lista de espera".

El informe del especialista del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo de 7 de marzo de 2018 señala que solicitó RMN el día 8 de julio de 2016 con prioridad preferente, al tratarse de una prueba para completar estudio de extensión en el contexto de una patología neoplásica.

El anexo III del Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen las medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud, en cuanto a las "Prioridades para consulta externa y/o prueba diagnóstica/terapéutica" se refiere a la "Prioridad 1: solicitud preferente. Será aquella solicitud que debe realizarse en un periodo máximo de 15 días".



Ello evidencia que la cita efectuada por el xxx para la práctica de la RMN el 29 de agosto del 2016 no se ajustó al plazo concedido por la norma, lo que genera la responsabilidad patrimonial de la Administración por los gastos ocasionados al paciente para su realización en un centro privado.

Distinta conclusión debe alcanzarse respecto de los gastos de tratamiento quirúrgico que el paciente decidió realizar en centro privado. En el mismo informe del Servicio de Cirugía se indica que la RMN que recomendó el radiólogo fue prescrita para "tratar de determinar la naturaleza de las LOES hepáticas detectadas en el TAC y así poder confirmar o descartar la presencia de metástasis hepáticas, que en caso de existir, condicionaría un cambio en la actitud terapéutica (Intervención quirúrgica V.S. posible tratamiento quimioterápico, valorado previamente en Sesión Clínica Multidisciplinar según protocolo)", por ello "El paciente no fue incluido en LEQ, puesto que a fecha de 08/07/2016 y a falta de completar el estudio de extensión de su patología, aún no tenía establecida la indicación quirúrgica. En caso de haberse confirmado la existencia de metástasis hepáticas, la actitud terapéutica podría haber sido diferente a una intervención quirúrgica, previa valoración en Sesión Clínica Multidisciplinar, como he comentado anteriormente".

De acuerdo con ello, a la fecha en la que el paciente fue intervenido en el centro privado el 24 de agosto de 2016 no habrían transcurrido los plazos máximos reglamentarios contados desde el 8 de julio de 2016 para la realización de la prueba diagnóstica (15 días), para nueva consulta de valoración de la RMN y prescripción de tratamiento según su resultado (15 días) y para la eventual intervención quirúrgica, en el caso que fuera procedente según la RMN (30 días), circunstancia que impide acoger la pretensión de abono de los gastos reclamados por la intervención en la sanidad privada, tal y como sostiene la propuesta de resolución.

A este respecto, el dictamen pericial indica que "El hallazgo en el TAC abdominal de lesiones hepáticas obligaba a la realización de nuevas pruebas complementarias que permitieran asegurar la ausencia de extensión metastásica del tumor. La presencia de estas lesiones a distancia hubiera modificado el estadiaje y por tanto el tratamiento quirúrgico y oncológico. Entendemos que este hecho le fue comunicado al paciente en su consulta con el Servicio de Cirugía General del xxx con fecha del 08/07/16. Cuando el paciente se encontraba pendiente de la realización de una RMN para completar el estudio de extensión decidió de forma voluntaria abandonar su seguimiento en la Sanidad Pública para



acudir a la Sanidad Privada. El paciente no sólo se realizó la prueba radiológica que estaba en espera (RMN), sino que también solicitó una nueva valoración médica. De nuevo la decisión libre del paciente tras la realización de la RMN, fue no acudir con la prueba a la consulta de Cirugía General, sino completar el tratamiento en otro entorno sanitario y ser intervenido en la Sanidad Privada”.

Tampoco se acredita un déficit de información al paciente. Así lo ponen de manifiesto el citado dictamen pericial y la propuesta, que rechazan su existencia sobre la base del informe emitido por el Servicio de Cirugía General en el que se indica que en la consulta de 8 de julio de 2016 “con los datos clínicos y las pruebas diagnósticas de que dispongo, le informo de su patología y de la necesidad de completar el estudio de extensión con una RMN (como así recomienda el radiólogo en su informe, y como considero adecuado según mi criterio y basándome en dichas pruebas diagnósticas) para tratar de determinar la naturaleza de las LOES hepáticas detectadas en el TAC y así poder confirmar o descartar la presencia de metástasis hepáticas, que en caso de existir, condicionaría un cambio en la actitud terapéutica (Intervención quirúrgica V.S posible tratamiento quimioterápico, ...)”.

En lo demás, el dictamen pericial descarta la existencia de una pérdida de oportunidad terapéutica, puesto que, de haber vuelto el interesado a la sanidad pública, el tratamiento hubiera sido el mismo que el recibido en la privada.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización a abonar por los gastos de realización de la prueba de RMN, constan en el expediente facturas correspondientes a gastos de consulta de cirugía y de RMN en el centro privado por un total de 484,74 euros, cantidad que procede abonar al reclamante y a la que deben sumarse los gastos por desplazamiento desde la residencia del reclamante hasta el centro privado situado en distinta localidad para la asistencia a la realización de tal consulta y prueba diagnóstica, valorados según alega el reclamante a razón de 0,19 euros/kilómetro, a falta de otro criterio propuesto por la Administración.

Una vez determinado el importe de la indemnización, deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.



III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos expuestos en el cuerpo de este dictamen, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx, 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.