CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. S. de Vega, presidente y ponente

Sr. Ramos Antón, consejero
Sra. Ares González, consejera
Sr. Herrera Campo, consejero

Sr. Píriz Urueña, secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 14 de noviembre de 2024, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. yyy1,* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 457/2024

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 11 de octubre de 2024 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 Dña. yyy1, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 17 de octubre de 2024, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 457/2024, 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 resolución de 5 de febrero de 2014 de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el presidente del Consejo, correspondió su ponencia al consejero Sr. S. de Vega.

Primero.- El 9 de febrero de 2023 Dña. yyy1 presenta un escrito ante la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León en el que solicita el reintegro de los gastos (20.342 euros) abonados por la intervención quirúrgica de barrido peritoneal que se le practicó el 7 de noviembre de 2022 en un centro médico privado (Hospital Universitario Moncloa) tras rechazarse la práctica de dicha cirugía en el Hospital Universitario hhhh de xxx1 y en el hospital Gregorio Marañón de Madrid.

Aporta documentación médica, transferencia bancaria, facturas emitidas por HLA Grupo Hospitalario-Hospital Moncloa en concepto de hospitalización y cirugía, y facturas en concepto de consultas médicas.

Segundo.- El 13 de abril de 2023 la Inspección Médica informa desfavorablemente la solicitud al considerar que "La paciente acude a la medicina privada por decisión propia; a pesar de la patología y la evolución descrita, no puede entenderse que este hecho se deba a situación de urgencia, inmediata y de carácter vital que se adecue a los supuestos establecidos en el Real Decreto 1030/2006". No obstante, entiende que la solicitud podría tramitarse como procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Sobre la base del anterior informe, el 3 de mayo se nombra instructora del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Tercero.- Obran en el expediente, además de la historia clínica de la paciente, informe clínico de consulta externa del Servicio de Oncología del Complejo Asistencial Universitario de xxx2 de 7 de marzo de 2023, informe del mismo servicio de 10 de mayo de 2023, solicitudes de asistencia rechazadas por el Hospital Gregorio Marañón e informe de la Inspección Médica de 30 de mayo de 2023.

Cuarto.- El 9 de junio de 2024 se concede trámite de audiencia, sin que conste la presentación de alegaciones por su parte.

Quinto.- El 26 de septiembre de 2024 se formula propuesta de orden estimatoria de la reclamación.

Sexto.- Ese mismo día la Asesoría Jurídica informa favorablemente la propuesta de orden.

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 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 la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), con las especialidades que se recogen en relación con los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que la solicitud inicial se recondujo hacia un expediente de responsabilidad patrimonial (3 de mayo de 2023), hasta que se formula la propuesta de orden (26 de septiembre de 2024), transcurriendo con creces el plazo de seis meses recogido en el artículo 91.3 de la LPAC. 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.

A este respecto, debe tenerse presente que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos; y que los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos. Ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 20.1 y 29 de la LPAC.

3ª.- Está acreditada la legitimación de la reclamante.

La competencia para resolver la 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 interesada ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con el artículo 67.1 de la LPAC.

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 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), a la que se remite, de forma genérica, el artículo 81 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la reiterada doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) antijuridicidad 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) 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) relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, esto es, que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público; e) ausencia de fuerza mayor. Asimismo, se exige que la reclamación se haya presentado antes de que transcurra 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 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 solo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, solo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que están, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser este 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.

A mayor abundamiento debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (recogida, entre otras, por la sentencia de 21 de mayo de 2018, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que alude a las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero y 1 de febrero de 2008, y otras anteriores como las de 7 y 20 de marzo, 12 de julio y 10 de octubre 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 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 beneficiosa para el paciente".

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, tal y como se ha indicado en los antecedentes de hecho, la reclamante solicita el reembolso de los gastos

médicos sufragados por la intervención de barrido peritoneal que se la practicó el 7 de noviembre de 2022 en un centro privado, tras ser rechazada la práctica de tal cirugía por el hospital de referencia de la Comunidad de Castilla y León (Hospital Universitario hhhh de xxx1) y por el hospital Gregorio Marañón de Madrid.

Consta de la documentación obrante en el expediente remitido que dicha reclamante fue diagnosticada de tumor gástrico en el año 2019, y tratada con cirugía y quimioterapia en el Complejo Asistencial Universitario de xxx2. En marzo de 2022, tras la práctica de TC torácico-abdominal se obtuvieron resultados compatibles con recidiva peritoneal con implantes anexiales, ante lo cual desde el Complejo Asistencial Universitario de xxx2 se planteó la posibilidad de realización de una cirugía peritoneal, lo cual fue descartado por el hospital hhhh (debido al origen gástrico del tumor primario) y también por el hospital Gregorio Marañón, por dos veces, debido a la sobrecarga asistencial de dicho centro. Ante ello se retomó el tratamiento de quimioterapia en el Servicio de Oncología del Complejo Asistencial Universitario de xxx2 y el 7 de noviembre de 2022 la reclamante se sometió a cirugía en el centro privado Hospital Moncloa, que consistió en resección de masas ováricas y trompas, y quimioterapia hipertérmica peritoneal intraoperatoria.

La solicitud de la reclamante se tramitó inicialmente como reintegro de gastos médicos y se desestimó al considerar la Inspección Médica que "la paciente acude a la medicina privada por decisión propia; a pesar de la patología y la evolución descrita, no puede entenderse que este hecho se deba a situación de urgencia, inmediata y de carácter vital que se adecue a los supuestos establecidos en el Real Decreto 1030/2006".

El informe del Servicio de Oncología del Complejo Asistencial Universitario de xxx2 de 10 de mayo de 2023 reconoce que "la cirugía de rescate en casos de carcinomatosis peritoneal de tumores gástricos no es un procedimiento recomendado de forma estandarizada", si bien acto seguido, y respecto a este supuesto concreto, indica que "sí se plantea como alternativa terapéutica en pacientes seleccionados, como este caso con buenos resultados, a la vista de su evolución hasta la fecha".

Por ello, este Consejo Consultivo comparte las apreciaciones realizadas en la propuesta de orden y considera que si dicha cirugía peritoneal estaba indicada y era necesaria para la curación de la paciente, ante el hecho de que los dos hospitales públicos con los que se contactó y se derivó para realizarla

rechazasen dicha solicitud, la Administración debería haberla derivado a un centro privado o concertado que le realizara dicha cirugía.

La Inspección Médica entiende que "la paciente se ha realizado un tratamiento que se le ha recomendado desde el Servicio de Oncología, y desde este mismo Servicio se ha solicitado tanto al centro de referencia como a otros Servicios; se entiende por tanto que consideran que dicho tratamiento debe ser recibido por la paciente".

En virtud de lo expuesto, cabe concluir que ha existido una denegación asistencial al no haberse derivado a la paciente a un centro médico privado o concertado para la realización de la cirugía pautada cuya práctica se rechazó, por diferentes motivos, en los centros públicos. Ello que implica una infracción de la *lex artis* y, en consecuencia, la reclamación debe estimarse.

6ª.- Respecto a la cuantía indemnizatoria, la reclamante solicita 20.342 euros, por los gastos derivados de la cirugía en el hospital Moncloa.

No obstante, el 22 de marzo de 2023 se la requirió para que aportara "Factura original o copia compulsada de la misma o recibí del Dr. yyy2 de la recepción del importe de 10.000,00 € en concepto de honorarios de operación por la intervención llevada a cabo el pasado día 07/11/2022, de la cual Vd. aporta únicamente el justificante de pago".

La reclamante, en escrito de 2 de marzo de 2023, señala que no puede presentar la factura requerida, "por no poder hacerme con ella", y solicita que dicha cantidad se aparte de la reclamación, y cifra la cantidad reclamada en 10.342,68 euros, por los siguientes conceptos y cuantías: 9.957,68 euros por gastos de hospitalización y cirugía, 135 euros por consulta médica preoperatoria y 250 euros por consulta médica postoperatoria.

La Administración admite tales facturas y no cuestiona ninguna de ellas.

Por ello, procede indemnizar a la reclamante con 10.342,68 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

III
CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. yyy1, 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.