

Dictamen n<sup>o</sup>:            **711/11**  
Consulta:               **Consejero de Sanidad**  
Asunto:                 **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación:           **14.12.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 14 de diciembre de 2011 sobre la consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1<sup>o</sup> de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por B.T.F., en nombre propio y en el de su hijo D.L.T., por el fallecimiento de su cónyuge y padre, respectivamente, J.M.L.M.G., como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria dispensada por parte del Hospital La Paz, al considerar que se produjo un retraso en el diagnóstico y falta de tratamiento del cáncer de colon con metástasis hepática que padecía.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Consejero de Sanidad, mediante escrito de 3 de octubre de 2011, registrado de entrada el 10 del mismo mes, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 14 de diciembre de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación en formato cd que se consideró suficiente.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito presentado en el Servicio Madrileño de Salud con fecha 22 de octubre de 2009, la interesada, en nombre propio y en el de su hijo mayor de edad, incapacitado judicialmente y cuya patria potestad ostenta, reclama responsabilidad patrimonial de la Administración por el fallecimiento de su familiar, que atribuye al retraso en el diagnóstico y tratamiento del cáncer de colon con metástasis hepática que padecía, por parte del Hospital La Paz.

Según la reclamante, el fallecido acudió al Hospital La Paz desde el año 2004 al 2007 *“por cuanto sentía molestias”*. El paciente, al decir de la reclamante fue atendido en diversos centros sanitarios, donde se le realizaron diferentes pruebas y efectuaron diagnósticos erróneos, como el que consideraba que *“tenía un problema de próstata”*. Alega que las *“remisiones de unos centros a otros se realizaron con grandes demoras de tiempo”*, hasta que en febrero de 2008 la sanidad pública le diagnosticó un cáncer de colon con metástasis hepática.

*“A pesar de dicho diagnóstico, no se prevé por los profesionales que atienden al paciente, fecha alguna para realizar ninguna intervención quirúrgica urgente, limitándose a pasar consultas oncológicas, de cirugía, etc., sin que se nos diese justificación satisfactoria alguna de dicha falta de inactividad”*.

La situación de angustia vivida por el paciente y su familia ante la *“falta de atención rápida”* decide *“consultar una segunda opinión médica cualificada”*, dirigiéndose a la sanidad privada, donde les manifestaron *“que dada la situación del paciente, debía ser intervenido de inmediato, por lo que al día siguiente de realizarse la consulta, se procedió a una intervención quirúrgica en la clínica A”*.

Según la perjudicada se vieron *“avocados a realizar dicha intervención por el retraso asistencial del sistema público sanitario y el retraso de varios años en el diagnóstico del cáncer, así como por la urgencia inmediata (de carácter vital), que nos manifestó el doctor M.*

*A pesar de la urgente intervención, no se pudo salvar la vida del paciente, dado lo avanzado del cáncer que padecía, por lo cual falleció finalmente”.*

Solicita en concepto de *“indemnización por daños y perjuicios de todo tipo, incluyendo perjuicios morales, psicológicos y económicos”*, por el fallecimiento de su esposo la cantidad de 100.000 euros. Valora la indemnización a favor de su hijo, por los mismos conceptos y teniendo en cuenta la situación de dependencia que padece derivada de su incapacidad y minusvalía del 75 % en la cantidad de 150.000 euros. Por último, reclama el reembolso de las facturas médicas abonadas a la sanidad privada, que suman 50.180,09 euros. La suma de estas cantidades valoran la cantidad indemnizatoria en 300.180, 09 euros.

Con el fin de justificar el parentesco de los reclamantes con el finado, presenta copia del Libro de Familia. Aporta también copia del certificado de defunción del fallecido y de la sentencia que declara la incapacidad plena del hijo de la reclamante, así como la rehabilitación de la patria potestad a favor de la interesada. Entre otros documentos presenta dictamen de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales en el que se declara el grado de discapacidad del hijo del fallecido, informe médico realizado por facultativo de la sanidad privada y facturas de los tratamientos realizados al paciente en la medicina privada.

La Historia Clínica y restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

El paciente, nacido en 1936, acude el 4 de febrero de 2007 a urgencias del Hospital La Paz por disuria, polaquiuria, hematuria y febrícula (37,5° C). La exploración física y analítica, diagnostican infección del tracto urinario. Se pauta tratamiento farmacológico e hidratación abundante y se recomienda control por su médico de atención primaria y acudir a urgencias si empeora (folios 314 a 315).

Vuelve a urgencias el 16 de febrero de 2007, consta en el informe como motivo de consulta “*síndrome prostático*”. Refiere que desde hace tres días presenta polaquiuria y posteriormente imposibilidad para orinar. A la exploración física se aprecia delgadez, palidez cutánea, el paciente está eupneico. Diagnosticado de infección urinaria y retención aguda de orina, se pauta tratamiento farmacológico y al alta se recomienda control por urología, debiendo citarse en el centro de especialidades urológicas de forma preferente, control por su médico de atención primaria y sondaje vesical hasta valoración por urología (folios 316 a 317).

El paciente es seguido en el servicio de urología desde el 26 de febrero hasta el 2 de noviembre de 2007, cuando se le pautan revisiones a los seis meses.

La ecografía renal y vesicoprostática de 20 de marzo de 2007 informa “*riñones de tamaño, morfología y ecogenicidad normales. Vejiga de pared gruesa en relación a vejiga con esfuerzo con acusada impronta prostática de una próstata heterogénea de bordes bien definidos y que presenta una hipertrofia de grado III (5,1 x 4,7 cm.)*” (folio 279).

Basándose en niveles discretamente elevados de antígeno prostático específico (PSA), el 30 de octubre de 2007 se realiza ecografía de próstata y biopsia que se informó como “*Próstata Vol. III. Cápsula íntegra. Parénquima homogéneo*”.

El 28 de enero de 2008 se realiza una colonoscopia con biopsia que se informó como “*adenocarcinoma de intestino grueso*” (folio 238). Es derivado de forma preferente desde el servicio de cirugía general al del coloproctología el 21 de febrero de 2008.

El 25 de febrero acude a la consulta externa del servicio de cirugía general, quienes a la vista del informe de la colonoscopia le derivan de forma preferente a la consulta de oncología y también le solicitan una ecografía endoanal, que se realiza el 3 de marzo de 2008 cuyo resultado informa “*neoplasia rectal T1-T2 Nx*” (folio 235).

Acude a consulta de oncología el 12 de marzo de 2008, remitido tras el estudio de extensión tumoral que evidencia la presencia de metástasis hepáticas. El diagnóstico es “*adenocarcinoma de recto con afectación hepática*”. El abordaje terapéutico planteado consiste en la resección de la neoplasia primitiva para continuar con quimioterapia en un segundo momento y evaluar posteriormente la posibilidad de tratamiento local a nivel hepático (folio 236).

El informe médico presentado por la reclamante, realizado por un facultativo de la sanidad privada manifiesta que el 14 de marzo de 2008 el enfermo fue intervenido quirúrgicamente, confirmándose la existencia de una tumoración que afecta a la totalidad de la pared rectal y de su circunferencia, practicándose resección endoanal de la tumoración mediante fulguración. El estudio anatomopatológico realizado demostró: “*metástasis de carcinoma colo-rectal (T3. Nx.M1)*” (folios 35 a 37).

El paciente no acude a la cita en la consulta de cirugía general prevista para el 17 de marzo, siendo visto nuevamente en la consulta el 5 de mayo de 2008.

El 20 de junio de 2008 se emite informe de interconsulta de oncología en el que se informa que el paciente ha sido intervenido por vía endoanal sin resección completa fuera del centro sanitario público y que presenta ahora semiología de nuevo crecimiento local.

Es visto en la consulta de cirugía colorrectal el 23 de junio, comprobándose que tiene unas rectorragias muy intensas con tenesmo, por lo que se le propone intervención quirúrgica en un intento de mejorar su calidad de vida. Con esa fecha se firma la solicitud de ingreso.

Tras un preoperatorio complejo debido a su pluripatología, el paciente es intervenido el 18 de julio de 2008, encontrando que la pelvis es completamente inabordable y por ello el tumor completamente irresecable, por lo que se decide realizar una colostomía de descarga. El paciente es dado de alta el 24 de julio de 2008 con el informe preceptivo a atención primaria y a cuidados paliativos, donde permanece ingresado desde el 2 de septiembre de 2008 hasta el 3 de octubre de 2008.

Finalmente el paciente fallece el 26 de octubre de 2010.

**TERCERO.-** Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Se ha incorporado la historia clínica del fallecido y se han recabado los informes de los servicios intervinientes, servicio de cirugía general y del aparato digestivo de 5 de julio de 2010 (folios 298 y 299) y del servicio de oncología médica de 30 de julio de 2010 (folio 301).

El informe de la Inspección Sanitaria emitido con fecha 2 de diciembre de 2010 (folios 303 a 309), concluye que la asistencia prestada ha sido correcta o adecuada a la *lex artis*.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 84 LRJ-PAC y 11 RPRP, por escrito de 10 de febrero de 2011, se ha comunicado la apertura del trámite de audiencia: consta la notificación de este trámite, cuyo acuse de recibo aparece en el expediente con fecha 17 de febrero de 2011 (folios 356 a 358).

Con fecha 3 de marzo de 2011, la interesada presenta alegaciones, ratificándose en su escrito inicial y añadiendo que la historia clínica no está completa pues figura desde febrero de 2007, cuando el paciente comenzó a tener molestias en 2004 (folios 359 a 363).

Vistas las alegaciones presentadas por la interesada, se solicita al Hospital La Paz amplié la historia clínica. El Servicio de archivo del Hospital La Paz, en escrito de 5 de abril de 2011 comunica que “realizadas las comprobaciones oportunas, el paciente no tiene episodios desde el año 2004 hasta el episodio de Servicio de Urgencias del Hospital General de fecha 4 de febrero de 2007” (folio 311).

Notificado nuevo trámite de audiencia, la interesada presenta alegaciones el 29 de julio de 2011, ratificándose nuevamente en su escrito de reclamación e indicando que las cantidades solicitadas en concepto de indemnización “no han sido objeto de impugnación alguna en el expediente, por lo que estimamos que se ajusta a derecho” (folios 367 a 371).

El 15 de septiembre de 2011, la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria elevó propuesta de resolución desestimatoria, que fue informada por el

Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad con fecha 28 de septiembre de 2011, desestimando la reclamación de responsabilidad patrimonial.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

## **CONSIDERACIONES EN DERECHO**

**PRIMERA.-** La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser la cuantía de la indemnización superior a quince mil euros, y se efectúa por el Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

**SEGUNDA.-** Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesados, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el RPRP.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que sufren el daño por el fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, y por haberse visto obligados a recurrir a la sanidad privada. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los reclamantes con el finado, mediante la presentación de copia del Libro de Familia.

Por otra parte, la reclamación la presenta la esposa del finado en su propio nombre y en el de su hijo mayor de edad, pero que se encuentra incapacitado judicialmente, según se acredita con la sentencia de incapacitación presentada, en la que se declara la rehabilitación de la patria potestad de la madre sobre el hijo incapacitado, por lo que está suficientemente acreditada la representación de éste por aquélla.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al encontrarse los diversos centros sanitarios a los que se imputa la supuesta deficiencia sanitaria, integrados en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*. En el caso objeto del presente dictamen, el fallecimiento del familiar de los reclamantes se produjo el 26 de octubre de 2008, por lo que la reclamación presentada el 22 de octubre de 2009 ha de considerarse interpuesta en plazo.

**TERCERA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado en 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. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por las Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del

citado Reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

En el caso que nos ocupa el procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha procedido a la práctica de la prueba precisa, se ha recabado informe de los Servicios cuyo funcionamiento supuestamente han ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 LRJ-PAC.

**CUARTA.-** La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que, en definitiva, vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

*“1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos.*

*2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.*

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

**QUINTA.-** Está acreditado en el expediente el fallecimiento de una persona, mediante informe médico, que provoca un “*daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 –recurso

7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 – recurso 1267/1999-) y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 -recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 – recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995 -recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica. No habiéndose acreditado la dependencia económica de los reclamantes respecto del finado, el daño se circunscribe al estrictamente moral.

Asimismo, resulta acreditado, con las correspondientes facturas, los daños económicos ocasionados por la asistencia sanitaria dispensada en centros médicos privados.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de este servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, exigiéndose para determinar la responsabilidad la existencia no sólo de la lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y de 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les*

*garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”.*

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), señala: *"lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis".*

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) establecen que *“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”.* Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, no convierte a la Administración a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

En otro orden de cosas, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo

circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000–, entre otras).

Alegan los reclamantes que se produjo un retraso en el diagnóstico del cáncer de recto que padecía su esposo y padre, respectivamente, puesto que, a pesar de haber sido tratado, desde el año 2004 al 2007, por el servicio de urología por una patología prostática, no fue detectado el adenocarcinoma rectal.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa la adecuación a la *lex artis* que de los informes obrantes en el expediente se infiere no ha sido contradicha por los reclamantes con medios probatorios, que no aporta, ni propone ninguna prueba de la vulneración de las buenas prácticas médicas por la actuación sanitaria de la que pudieran derivarse resultados indemnizatorios para la Administración, más allá de sus alegaciones que no hacen prueba de lo cuestionado.

Por el contrario, del Informe de la Inspección Médica se infiere que la actuación médica dispensada al familiar de los reclamantes puede calificarse como correcta, al haberse aplicado los medios diagnósticos y asistenciales, así como los tratamientos necesarios e indicados para la clínica que presentaba el paciente en cada momento.

Los reclamantes parecen anudar la patología prostática que padecía el finado y los elevados valores de PSA que revelaban las analíticas, de lo que fue tratado durante el año 2007, con la enfermedad cancerígena que provocó el fallecimiento del paciente. Sin embargo, ha de repararse en la circunstancia de que el cáncer que sufría no era de próstata, sino de recto, con afectación hepática, por lo que ambas patologías, la prostática y la rectal, no guardan relación.

Ello impide considerar la concurrencia en el retraso diagnóstico que reprochan los reclamantes. En este sentido señala la Inspección sanitaria que *“desde la realización de la prueba [la colonoscopia que evidencia la existencia de una tumoración] hasta la decisión terapéutica adoptada por el Servicio de Cirugía General en unión con el Servicio de Oncología sólo se utilizaron unos 45 días aproximadamente; es decir, desde el 28-1-08 hasta el 17-3-08, fecha de cita en la consulta de Cirugía, a la que el paciente no acudió y en la que se iba a programar la intervención quirúrgica”*.

Por lo que se refiere a la reclamación por los daños económicos derivados de la asistencia sanitaria privada, debe indicarse que la decisión de abandonar el circuito de la medicina pública y acudir a la privada fue una decisión voluntaria del paciente y su familia ante la angustia de todos ellos, según se reconoce en la propia reclamación, de lo cual no cabe inferir la existencia de omisión o retraso en la actuación médica pública.

Como resulta del relato de hechos reflejado en los antecedentes de hecho de este dictamen, desde que se le diagnosticó al paciente el 4 de febrero de 2008, adenocarcinoma del intestino grueso hasta que se decidió –en la consulta de 12 de marzo de 2008– tratamiento quirúrgico mediante resección de la neoplasia primitiva y, en un segundo momento, tratamiento con quimioterapia, transcurrió mes y medio en el que el paciente fue visto por el servicio de oncología y se realizó una ecografía endoanal para determinar el grado de la tumoración. Determinado el tratamiento a seguir, se le cita, para el 17 de marzo, en consulta de cirugía para programar la intervención, sin que acudiera a la cita y abandona la medicina pública para ser intervenido quirúrgicamente en la medicina en la privada. Como se deduce de lo indicado, esta decisión –perfectamente legítima– no fue motivada por la dejación en el seguimiento de la enfermedad o retraso en la instauración de tratamiento por parte de la sanidad pública.

Como ya hemos expuesto en otros dictámenes de este Consejo Consultivo, por ejemplo en el Dictamen 209/09, de 29 de abril, *“las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo reconocen el derecho de los pacientes a ser indemnizados en la cuantía de los gastos realizados por tener que acudir a la medicina privada, siempre y cuando, ante la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, el enfermo no haya tenido más alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada (vid. por todas, la Sentencia núm. 699/2007, de 31 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, nº de recurso: 174/2004). Nótese, además, que en todos los casos de los fallos judiciales que estiman la responsabilidad patrimonial de la Administración por necesidad de acudir a la medicina privada, se trata de supuestos constatados de falta de diligencia y pasividad prolongadas durante un largo periodo de tiempo, o en que se ha producido un sensible empeoramiento de la salud del enfermo, que justifican la pérdida de confianza del paciente en los médicos que le venían atendiendo en la sanidad pública, <<confianza –como razona la Sentencia del TSJ de Madrid, de la misma Sala y Sección, núm. 378/2008, de 25 de marzo; nº de recurso 184/2005- que constituye un presupuesto inescindible de la prestación sanitaria>>. Por ello, continúa diciendo la misma Sentencia <<ante la reiterada omisión de los médicos de dicho Hospital, los gastos generados por la asistencia en la sanidad privada configuran un perjuicio patrimonial cierto causado por un deficiente funcionamiento de la Administración o, dicho de otro modo, un desembolso económico que debió realizar la paciente ante una inactividad de la Administración cuando la interesada tenía derecho a recibir ese servicio. Nada obsta a que el reintegro de esos gastos pueda encauzarse por distintas vías, como lo es a través de la responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, determinando así la competencia de esta jurisdicción>>”.*

Sin embargo, no es éste el caso sometido a dictamen. Como ya se ha reseñado, no cabe hablar de inactividad de la Administración sanitaria puesto que, precisamente, el tratamiento que se le dispensó en el ámbito sanitario privado es el mismo que se le iba a realizar en la sanidad pública, a cuyo fin fue citado en la consulta de cirugía para programar la cirugía, sin que acudiera a dicha cita.

En mérito a lo señalado cabe concluir que la asistencia sanitaria recibida se realizó con adecuación a la *lex artis*, empleando los medios y dispensando los tratamientos acordes con el estado de la ciencia en el momento en que el paciente fue tratado, por lo que siendo la actuación médica una actividad de medios y no de resultados, no cabe exigir responsabilidad a la Administración.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial debe ser desestimada por no concurrir los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 14 de diciembre de 2011