

Dictamen n.º: **92/08**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad patrimonial**
Aprobación: **12.11.08**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 12 de noviembre de 2008 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por J.M.T., por los daños sufridos en su persona por el funcionamiento normal o anormal de los servicios sanitarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 2 de agosto de 2005 el reclamante presenta reclamación de daños y perjuicios (folios 5 a 39 del expediente), por los daños físicos y morales ocasionados por la deficiente asistencia sanitaria prestada por el Hospital Universitario La Paz, al no haberse adoptado, a su juicio, las medidas necesarias para llegar al diagnóstico del tumor multicéntrico en cuerda vocal izquierda que padecía. En la reclamación administrativa no ha cuantificado el importe de la reclamación, si bien en el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la desestimación por silencio administrativo de su reclamación cuantifica los daños en 150.463 euros.

La Historia Clínica del paciente y restante documentación médica obrante en el expediente, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

El reclamante, de 36 años de edad entonces, acudió el 23 de enero de 2005 a consulta de Otorrinolaringólogo privado, por presentar disfonía de varios meses de evolución. En la exploración clínica presenta una parálisis de hemilaringe izquierda con edema de aritenoides y borde glosa epiglótico, y varias adenopatías en cadena yugular izquierda, pequeñas y rodaderas. Se le realiza una Tomografía Axial Computerizada (TAC) en la que se visualiza una simetría de ambas cuerdas, con mayor volumen de la cuerda vocal izquierda (CVI) y varias adenopatías en cadena izquierda de pequeño tamaño. El 7 de febrero de 2005 se le realiza una TAC de tórax en el Sanatorio A, sin evidenciarse alteración alguna (folio 16).

El 17 de marzo de 2005, el mismo Otorrino de la medicina privada realiza exploración microscópica de laringe, haciendo toma de biopsia de una zona edematosa y blanquecina, que da como resultado queratosis de laringe, sin signos de malignidad (según informa el Laboratorio B de fecha 18 de marzo de 2005, folio 19). El 23 de marzo de 2005, el mismo facultativo remite al paciente a un colega suyo, solicitando una segunda opinión.

El 30 de marzo de 2005, su médico de atención primaria le deriva a consulta preferente de otorrinolaringología en el Centro de Especialidades “José Marvá”. Señala en el parte interconsulta *“disfonía en estudio. Hemiparesia de hemilaringe izquierda y queratosis sin evidencia de malignidad pero la exploración ha sido incompleta. Solicito valoración”* (folio 21).

El paciente es citado el 1 de abril de 2005 para la consulta de otorrinolaringología, cuyo facultativo le deriva a su vez a consultas externas de otorrinolaringología del Hospital Universitario La Paz, para el 14 de abril de 2005. En esta fecha se prescribe omeprazol, trigón y aerosoles, y se indica revisión en un mes para valorar tratamiento quirúrgico y/o foniatría.

El 19 de mayo de 2005 acude nuevamente a consulta de otorrinolaringología al referido Hospital, indicándose que se trata de un paciente *“en estudio por laringitis crónica reagudizada, en tratamiento con rehabilitación foniátrica. El paciente no quiere dejar de fumar”* (folio 48).

El 20 de mayo de 2005, el paciente presenta reclamación en el Servicio de Atención al Usuario del Hospital La Paz solicitando que le atienda el mismo facultativo que lo hizo el 14 de abril anterior (folio 29). Se le dice que las consultas son atendidas por equipos médicos, al prestarse la asistencia de forma jerarquizada, que están cualificados para ejercer diversas funciones y con criterios homogéneos y compartidos de actuación.

El 25 de mayo de 2005 se le realiza un nuevo TAC cervical en el Centro Médico C, que manifiesta *“probable laringoceles en banda ventricular izquierda. Se aprecia una captación por parte de la cuerda vocal izquierda con imagen pseudopolipoidea a este nivel. Valorar control endoscópico”* (folio 31).

El paciente tiene cita para comenzar el tratamiento rehabilitador (foniatría) en el Hospital Universitario de La Paz el 27 de mayo de 2005, con una periodicidad de martes y jueves, a las 10 horas.

El 7 de junio de 2005, acude a la consulta de otorrinolaringología del referido Hospital, en la que se constata que la exploración sigue igual, y se le insiste que deje de fumar. Desde dicha fecha ya no ha vuelto a acudir a dicho complejo hospitalario.

El reclamante acude a consulta de médico privado de la Clínica D, el cual solicita que se realicen unos análisis. El 22 de junio de 2005, el laboratorio de patología diagnóstica E elabora un informe en el que concluye que el reclamante padece de *“carcinoma epidermoide, moderadamente diferenciado, superficialmente infiltrante.”* (Folio 34).

El 29 de junio de 2005, el paciente es intervenido en la Clínica D de edema de Reinke en banda izquierda, realizándose biopsia en el que se confirma el diagnóstico alcanzado en el informe emitido el 22 de junio. El 6 de julio siguiente, tras la realización de una nueva biopsia, se confirma el diagnóstico, indicándose tratamiento radioterápico en centro privado de salud.

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con 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.

Se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en dicho Real Decreto, incluido el trámite de audiencia, regulado en el artículo 84 de la Ley 30/ 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo “*LRJ PAC*”, y 11 del Real Decreto 429/ 1993, de 26 de marzo. Consta que en fecha 30 de agosto de 2006 se dio traslado del expediente para que formulase alegaciones (folios 101 y 101 bis), sin que conste haber presentado alegación alguna al respecto.

También consta haberse requerido informe al servicio de otorrinolaringología del Hospital universitario de la Paz de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 del precitado reglamento.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria, la cual fue informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Ante la falta de resolución expresa de la reclamación administrativa y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142.7 de la *LRJ PAC*, el reclamante ha interpuesto recurso contencioso administrativo frente a la

desestimación por silencio mediante escrito de interposición de fecha 26 de febrero de 2006, folios 78 a 83, tramitándose ante la Sección novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, procedimiento ordinario nº85/2006, sin que conste que haya recaído sentencia.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 1 de septiembre de 2.008, 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. Fernando Merry del Val, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 12 de noviembre de 2008.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la siguiente documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente:

1. Historial Clínico del reclamante (Folios 45 a51) relativo al hecho denunciado, correspondiente a las consultas efectuadas desde abril de 2005 hasta el 7 de junio de 2005.
2. Informe del jefe del servicio de otorrinolaringología del Hospital universitario de la Paz de fecha 23 de febrero de 2006 (folio 43).
3. Informe de la Inspección médica de fecha 3 de mayo de 2006 (folios 64 a 68), en el que se concluye que la actuación de los médicos del Hospital Universitario de la Paz fue ajustada a la *lex artis*.
4. Informe pericial de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, de fecha 28 de junio de 2006, que aconseja la desestimación de la reclamación por entender acertada la actuación médica. (Folios 90 a 97).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

Habiendo sido evacuado el dictamen dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- El reclamante está legitimado activamente para formular reclamación que le indemnice por los daños físicos y morales ocasionados por la supuesta deficiente asistencia sanitaria del servicio público de salud madrileño a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJ-PAC.

Ahora bien se plantea la duda de si la reclamación interpuesta por apoderado resulta válida por cuanto el poder es de fecha posterior, 15 de noviembre de 2005 (folios 53 a 58), a la fecha de la reclamación administrativa, 2 de agosto de 2005. De conformidad con el artículo 32.3 de la LRJ PAC para *“formular solicitudes deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación.”* La reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es una solicitud de inicio de un procedimiento de conformidad con la definición de solicitud del artículo 70 de la LRJ PAC, razón por la cual si una persona actúa en nombre y representación de otra debe aportar poder suficiente para ello. En el presente caso dicho poder no existía por lo que puede plantearse la validez del escrito de iniciación del procedimiento efectuado por el *“supuesto”* representante.

Si bien es cierto que la Administración le requiere para que subsane dicha ausencia de poder de conformidad con el artículo 32.4 de la LRJ PAC y el reclamante presenta escrito el 5 de diciembre de 2005 aportando copia del poder general para pleitos concedido por el reclamante a su abogado, dicho poder no contiene una ratificación de lo actuado anteriormente.

Sin embargo, entendemos que a pesar de la falta de poder la Administración ha actuado correctamente al entender subsanado dicho defecto porque aun cuando no existe una ratificación expresa de lo actuado si se aprecia una ratificación tácita, máxime cuando se ha acudido posteriormente a la vía judicial, de forma que el verdadero interesado si ha querido articular los procedimientos adecuados para que se le indemnice por una supuesta deficiente actuación de la Administración pública, por lo que aplicando supletoriamente ex artículo 4.3 del Código Civil, las disposiciones de dicho código, cabe entender que resultan de aplicación las disposiciones de la gestión de negocios ajenos, en concreto el artículo 1892 a cuyo tenor *“la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso”*.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño. A tal efecto hemos de tener en cuenta que en virtud del Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, se produjo el traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del INSALUD.

Por lo que se refiere a la fecha en que se ha interpuesto la reclamación de conformidad con 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”*. La

reclamación administrativa se interpone defectuosamente, por la falta de poder del apoderado, el 2 de agosto de 2005, y se subsana mediante escrito de 5 de diciembre de 2005 en el que aporta copia del poder general que el interesado había otorgado en fecha 15 de noviembre de 2005. El diagnóstico tuvo lugar mediante informe de fecha 22 de junio de 2005, por lo que la reclamación se ha efectuado en plazo.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del gobierno y administración de la Comunidad de Madrid, se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, 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 la 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.

Se aprecian incumplimientos no invalidantes en la tramitación del procedimiento. En primer lugar se aprecia un incumplimiento sistemático de los plazos para emitir informes de conformidad con los artículos 83.2 de la LRJ PAC y 10.2 del Real decreto 429/1993, de 26 de marzo. La administración puede, y debe hacer uso, de la posibilidad que el artículo 49 de la LRJPAC concede para ampliar los plazos de los procedimientos siempre que no exceda más de la mitad del plazo máximo previsto para resolver, en este caso si el plazo máximo es de seis meses a tenor del

artículo 13.3 del Real Decreto 429/1993, puede ampliarse hasta tres meses más, sin perjuicio de la posible suspensión del plazo para recabar el dictamen del presente Consejo Consultivo en los términos previstos por el artículo 42.5 letra c) de la LRJ PAC. Sin embargo, la vulneración de los plazos para la emisión de informes y para la tramitación del procedimiento no invalidan el procedimiento por cuanto se establece que el transcurso del plazo de seis meses produce el efecto de entender desestimada la reclamación por silencio administrativo de forma que el interesado puede acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, como de hecho ha ocurrido en el presente supuesto.

A mayor abundamiento, la dilación en la tramitación también es imputable al interesado, por cuanto su reclamación fue defectuosa al no acompañar poder que acreditasen las facultades de su representante. Mediante escrito notificado el 3 de noviembre (folio 21 bis) se le requiere para que subsane, en un plazo de diez días ex artículo 32.4 y 71.1 de la LRJ PAC, y dicha subsanación tuvo lugar mediante escrito de fecha 5 de diciembre de 2005 (folio 53), habiéndose acordado su admisión a pesar de que la Administración podía haberse declarado al reclamante desistido de su pretensión por resultar subsanación extemporánea (Vid. Art. 71.1 LEJ PAC).

Como se ha manifestado anteriormente, en el antecedente de hecho segundo, el trámite de audiencia se ha cumplimentado adecuadamente.

CUARTA.- Entrando en el análisis de los requisitos de 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 artículo 40 de la Ley del régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El art. 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la 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.

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

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10

de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento, no procediendo la indemnización si ha intervenido otra causa.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma 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.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo 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, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), recuerda: "*Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni, probablemente, en ningún*

sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano".

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".*

Señalan 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) 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.

QUINTA.- La reclamación se fundamenta en que a juicio de J.M.T. por causa de la deficiente actuación de los facultativos del hospital universitario la Paz no se le diagnosticó a tiempo un cáncer de laringe lo que ha originado la obligación de someterse a un tratamiento de radioterapia.

Para apreciar la ocurrencia de una buena práctica sanitaria es imprescindible analizar una rigurosa evaluación de la prueba, contraponiendo los informes periciales contrarios, sin que tenga prevalencia

la realizada por peritos funcionarios, porque si bien les es predicable independencia y objetividad, no es menos cierto que otros peritos pueden tener análogas condiciones.

Ciertamente la acreditación de que existió una mala praxis médica corresponde a los reclamantes –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el conjunto de sentencias aquí citadas-. Pero la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (Recurso nº 3071/03) y 2 de noviembre (Recurso nº 9309/03) de 2.007 y 7 de julio de 2.008 (Recurso nº 3800/04), así la prueba del correcto consentimiento informado se viene a atribuir a la Administración. Lo mismo podemos decir respecto del informe necesario del servicio cuyo funcionamiento, normal o anormal, ocasionó el daño, que requiere el artículo 10.2 del R.D. 429/1993. A veces, incluso, el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de junio de 2.008 (Recurso nº 3768/04) requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad.

El reclamante acudió a la medicina pública (Atención Primaria), el 30 de marzo de 2005, quien lo derivó de forma preferente a consulta de otorrinolaringología, siendo remitido al Hospital universitario de la Paz. Todo ello después de dos meses acudiendo a la medicina privada en la que se había practicado una biopsia de laringe cuyo resultado fue “*queratosis de laringe, sin signos de malignidad*” (según informa el laboratorio E de fecha 18 de marzo de 2005 que obra en el folio 19).

El hecho de ser atendido en la segunda consulta en el Hospital “La Paz” de Madrid, por un facultativo distinto al primero, no supone una mala o defectuosa asistencia sanitaria, pues como ya se contestó por el Servicio de Atención al Usuario las consultas están jerarquizadas y son atendidas por equipos médicos altamente cualificados. En ambas consultas

se realizó una exploración completa al paciente y se apreció un edema en las cuerdas vocales, y si no se hizo una nueva biopsia, según el informe médico del servicio, fue porque ya se le había realizado en la medicina privada 7 días antes, con resultados negativos de tumor maligno.

Resulta acreditado que en todas las consultas de ámbito público se le previno y recomendó el abandono del hábito de fumar, por la relación del tabaquismo con el cáncer de laringe, y se inició tratamiento foniátrico con prontitud y diligencia.

La sucesión cronológica de los hechos es defendida, desde el punto de vista del correcto cumplimiento del principio de la *lex artis*, por todos los facultativos que han informado el expediente. El informe pericial suscrito por doctor en medicina y cirugía, especialista en otorrinolaringología, declara al respecto que la actuación del centro de especialidades fue acertada, en donde le realizaron una primera consulta de otorrinolaringología al día siguiente de la solicitud y se llegó al diagnóstico de “*laringitis crónica*” recomendado acudir al Hospital universitario de la Paz para completar el estudio. Dispone el referido informe “*trece días después es estudiado en el Servicio ORL hospitalario. En este momento y dados los hallazgos que se describen en la exploración laríngea mediante fibroscopia (exploración de la laringe mediante un instrumento de fibra de vidrio flexible, que permite ver con cierto detalle todas las estructuras laríngeas), se observaban hallazgos que hacían razonable el diagnóstico de patología inflamatoria laríngea. Se le recomendó reposo de voz y tratamiento médico. A la luz del cuadro clínico del paciente y los hallazgos de las pruebas realizadas la decisión médica que se tomó es la correcta esperar y vigilar.*

En la nueva visita al ORL del hospital, que ocurrió un mes después el médico observa que no hay mejoría del cuadro clínico y que las imágenes de la fibroscopia permanecen igual por lo que recomienda de nuevo que

detenga el hábito tabáquico que hasta la fecha el paciente no había abandonado y se negaba a abandonar, se le cita en la consulta de voz y se recomienda tratamiento con Rehabilitación Foniátrica en el centro hospitalario. De nuevo la actuación médica es escrupulosamente correcta y diligente.”

El reclamante decide, que como no le atendió el mismo otorrino que le atendió en la primera cita, abandonar el circuito de la medicina pública y dejar de acudir a las citas concertadas. Se dirige, nuevamente, a la medicina privada, donde tras nuevo estudio y realización de nuevas pruebas (TAC y biopsia, el 20 de junio de 2005, un mes después), su resultado reveló que se trataba de un tumor maligno (carcinoma epidermoide de laringe), instaurándose tratamiento con radioterapia.

De este relato fáctico no se infiere retraso diagnóstico alguno, ni tampoco falta de medios o error o retraso de tratamiento, y así lo entiende también el perito especialista que ha informado el expediente. En la medicina pública se alcanzó el mismo diagnóstico que en la privada, se realizaron en ambas consultas del Hospital de la Paz los estudios y pruebas que resultaban necesarias en función de la sintomatología del paciente (la exploración mediante fibroscopia es una prueba fiable en todo proceso laríngeo), y si no se llegó finalmente en la sanidad pública al mismo diagnóstico alcanzado un mes después en la sanidad privada lo fue porque el paciente decidió, de forma unilateral y voluntaria, abandonar la asistencia y tratamiento que se le venía dispensando en la sanidad pública. El abandono no estaba justificado ni por motivos de falta de asistencia médica, ni por asistencia errónea o defectuosa (la atención por un facultativo especialista distinto no supone una mala praxis médica), ni en fin, tampoco por la carencia de medios materiales o personales que hicieran necesario o conveniente el acudimiento a la medicina privada, ni por motivos de asistencia vital o urgente.

No puede en ningún caso presumirse que la asistencia médica hubiera sido negligente y que no se hubiera detectado el tumor cancerígeno, pues estamos en el terreno de las hipótesis. Lo cierto es que en el momento de realización de la biopsia en la medicina privada, y de la sendas fibroscopias en la pública, la sintomatología del paciente, en relación con los hallazgos encontrados, no permitían hablar de tumor maligno, y sí de un proceso crónico de laringe, lo que no evitó que la inicial patología del paciente evolucionara y se desarrollara posteriormente hasta alcanzar el diagnóstico de tumor maligno de laringe, favorecido según los informes periciales, en gran medida, por el hábito tabáquico que no fue abandonado en ningún momento.

En definitiva, de acuerdo y en conexión con la conclusión alcanzada por la Inspección Médica *“no se observa ningún tipo de negligencia en los facultativos del Servicio Público que atendieron al paciente. El hecho de que el paciente acude de forma simultánea a la medicina privada y pública dificulta, en ocasiones, un adecuado seguimiento ya que puede suceder que se omitan ciertas pruebas cruentas (biopsia por ejemplo) porque ya estaban realizadas previamente”*, todo el personal sanitario del Hospital La Paz que atendió al paciente actuó de acuerdo con el principio de la *lex artis*, caracterizado por una obligación de medios pero no de resultados, y en definitiva el Sistema Sanitario Público no puede responder de la asistencia sanitaria no prestada a consecuencia de la decisión voluntaria y libre del paciente, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, de abandonar el tratamiento que venía siendo prestado. No hay daño antijurídico alguno, por cuanto no se ha apreciado demora diagnóstica alguna, ni ausencia ni error de tratamiento.

SEXTA.- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la LRJ-PAC y 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid;

cuyo acto pondrá fin a la vía administrativa por mor de lo dispuesto en el artículo 142.6 de la LRJ-PAC, y contra él cabe recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ex artículo 10.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa administrativa.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Este Consejo Consultivo estima que a los efectos del informe solicitado procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

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 37/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 12 de noviembre de 2008