



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero y
Ponente

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 8 de enero de 2009, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxx1 y Dña. xxxx2, D. xxxx3, Dña. xxxx4 y D. xxxx5*, 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 3 de diciembre de 2008, 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. yyyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx1 y de Dña. xxxx2, D. xxxx3, Dña. xxxx4 y D. xxxx5, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a D. vvvvv en el Hospital hhhhh de xxxx6*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 9 de diciembre de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.087/2008, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.



Primero.- Dña. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx1 y de Dña. xxxx2, D. xxxx3, Dña. xxxx4 y D. xxxx5, presenta el día 14 de junio de 2006 en el registro de la Delegación del Gobierno en xxxx7, una reclamación de responsabilidad patrimonial debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a D. vvvvv.

Según se puede leer en la reclamación presentada, "En el mes de mayo de 2002, Don vvvvv acudió a su médico de cabecera (...), aquejado de molestias en la zona del recto. La Doctora certificando la evidencia lo remitió (...) al Hospital hhhhh de xxxx6 el día 9 de mayo de 2002.

»(...) En el Hospital hhhhh, Don vvvvv fue atendido por el (...), especialista de Digestivo, y tras realizarle las pruebas inmediatas que consideró necesarias, pero a todas luces inadecuadas e ineficaces, dijo que se encontraba perfectamente, limitándose a recetarle pastillas antidiarreicas.

»(...) Ante la ineficacia del tratamiento médico dispensado y con un aumento de dolor en la zona rectal y una permanente sensación de malestar insoportable, Don vvvvv solicitó nueva cita en la consulta de digestivo, y el mentado Doctor (...) le practicó una esofagogastria intestinal y le suministró un enema opaco. En ningún momento le diagnosticó nada (...).

»(...) Ya en el mes de mayo de 2003 y ante la reiterada negativa (...) a realizar ninguna prueba origen y causante de las dolencias concretas del marido de mi representada, Don vvvvv acudió a la consulta particular del Doctor (...), el cual le practicó una Colonoscopia, dando como resultado un tumor maligno en el recto de gran tamaño, con obstrucción total del ano. Ante tan deplorable perspectiva el Doctor (...) nos remitió al Hospital hhhhh donde se le practicaron de Urgencia varias pruebas que diagnosticaron un cáncer en la zona rectal, con metástasis en la próstata y en ambos pulmones, imposible de operar por la tardanza en su localización y por supuesto en diagnosticar. Por lo que la esperanza de vida era mínima.

»(...) De forma inmediata se derivó a la Clínica hhhh1 de xxxx8 donde se le realizaron 15 sesiones de radioterapia, y a continuación en el Hospital de hhhhh de xxxx6 se le suministró quimioterapia paliativa 3 veces al mes.



»(...) En el mes de octubre de 2003, Don vvvvv sufría fortísimos dolores de cabeza, se le realizó una resonancia magnética que certificaba una metástasis cerebral en la zona izquierda del cerebro.

»(...) El día 8 de noviembre fue ingresado en el Hospital hhhhh de xxxx6, falleciendo el día 13 de diciembre de 2003”.

Se adjunta a la reclamación Auto de la Audiencia Provincial de xxxx6 número 223/2005, fechado el 15 de septiembre de 2005, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto de sobreseimiento provisional de las Diligencias Previas penales 223/2005, seguidas por estos hechos; y los documentos que acreditan la representación en el presente procedimiento.

Se cuantifica la cantidad solicitada como indemnización en 140.000 euros.

Segundo.- Al expediente se incorpora la historia clínica del paciente, así como diversos informes clínicos, entre los que destaca el informe de la Inspección Médica, que, fechado el 30 de agosto de 2007, concluye:

“Consideramos que pudo existir un retraso en el diagnóstico de la patología que presentaba Don vvvvv pero, dado el tiempo transcurrido desde las consultas realizadas por el Dr. (...) (31-03-2003 y 15-04-2003) y la realizada por el Dr. (...) no parece lógico pensar que este retraso influyera sobre la evolución clínica del paciente y el desenlace final”.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia a la parte interesada, a efectos de que formule alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime oportunos, el 4 de febrero de 2008, comparece Dña. yyyy, obteniendo copia del expediente administrativo.

Cuarto.- El Director General de Desarrollo Sanitario de la Gerencia Regional de Salud realiza una propuesta de acuerdo indemnizatorio y terminación convencional -el documento carece de fecha-, mediante el pago de 70.000 euros, con suspensión del procedimiento. Este documento también está firmado por los reclamantes.



Quinto.- El 13 de noviembre de 2008 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de acuerdo indemnizatorio.

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.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, 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.

Es necesario realizar un severo reproche por la mínima motivación existente en el expediente administrativo, que justifica la indemnización únicamente en "una pérdida de oportunidades".

Por otro lado se reitera la necesidad de nombrar -conforme a las reglas generales reguladoras del procedimiento- a un instructor, con objeto de no causar indefensión a la parte reclamante, la cual, ante la complejidad de los trámites procedimentales y de la documentación e informes que consten en el expediente, puede desconocer a quién dirigirse. Además, así se garantiza la imparcialidad y objetividad de la actuación administrativa, al poder el interesado hacer uso, eventualmente, de la posibilidad de recusar al instructor.



3ª.- No constan acreditados en el expediente administrativo los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por referida Ley 30/1992, de noviembre. De los apellidos de los reclamantes puede deducirse la existencia de una relación de parentesco, pero al no estar acreditada documentalmente en el expediente administrativo, antes de dictar la resolución que proceda y por ende, antes de abonar la cantidad que, en su caso, pueda corresponder como indemnización, debe requerirse a la parte reclamante para que acredite, por cualquier medio válido en derecho, estos extremos.

La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 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.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la también citada Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3.583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3.251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.008/2005, de 1 de diciembre; 1.134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), 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 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.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación formulada por Dña. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx1 y de Dña. xxxx2, D. xxxx3, Dña. xxxx4 y D. xxxx5, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su padre, D. vvvv.

La parte interesada ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La cuestión fundamental de éste procedimiento se centra en determinar si los daños sufridos por el reclamante, como consecuencia del tratamiento que le fue dispensado, y el retraso en el diagnóstico, tienen carácter antijurídico, haciendo surgir, junto a los demás requisitos, la obligación de reparar de la Administración. En este sentido ha de señalarse que la teoría de la *lex artis* constituye desde hace años un límite preciso de la objetiva responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, teoría que se ha ido afinando por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 82/2002, 3.657/2002 y 3.623/2003).



Esta teoría parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios -debe recordarse aquí el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que generaliza tal criterio, Sentencia de 26 de mayo de 1986-, 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* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamiento no quirúrgico y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico), 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.

En el supuesto analizado, D. vvvvv tuvo un retraso injustificado en su tratamiento, lo que provocó que se agravara sensiblemente su estado de salud, con pérdida de oportunidades médicas.

6ª.- Por lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria procedente, se da en el presente caso un supuesto de terminación convencional, admitida expresamente en el artículo 8 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, que establece que "En cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. Si el interesado manifiesta su conformidad con los términos de la propuesta de acuerdo, se seguirán los trámites previstos en los artículos 12 y 13 de este Reglamento".



También se refieren a la terminación convencional los artículos 11.2 y 13.1 del mismo Reglamento. El conjunto de estos preceptos exige los siguientes trámites:

- Propuesta de arreglo que podrá hacer el instructor durante el procedimiento hasta que finalice el plazo del trámite de audiencia. En ella fijará los términos definitivos del acuerdo indemnizatorio a suscribir.
- Dictamen del Consejo de Estado o del Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, según el régimen general.
- Cuando el instructor estime procedente la terminación convencional, propondrá su aceptación al órgano competente para decidir, en el plazo señalado para formular la propuesta de resolución.

En el caso examinado, concurren todos los requisitos legales exigidos para la terminación convencional del procedimiento de responsabilidad patrimonial, cifrándose en 70.000 euros la cantidad que debe percibir la reclamante.

Todo ello sin perjuicio de que el importe de la indemnización se actualice 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.

7ª.- Consta en el expediente administrativo el Auto 69/2007 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de xxxx6, que declara su incompetencia objetiva en el recurso contencioso-administrativo presentado contra la resolución presunta por silencio administrativo del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Por ello, sin perjuicio de las consideraciones anteriores y constando que, presumiblemente, la parte interesada ha podido interponer un nuevo recurso contencioso-administrativo, por la misma causa, ante el Tribunal Superior de Justicia, resulta obligado advertir que, en su caso, debería ponerse en conocimiento del referido Tribunal la terminación convencional del procedimiento.

8ª.- Conviene por último hacer un reproche al presente procedimiento por la falta de motivación -y por ello de contenido jurídico - de algunos de sus



actos, defecto repetido en otros casos de terminación convencional. La procedencia del acuerdo y los criterios determinantes de la cuantía de la indemnización, deben estar mínimamente motivados, aunque sea por remisión a otro informe, dado que no se trata de un acto de liberalidad de la Administración. Por ello, en aras de una mínima seguridad jurídica, la resolución definitiva que ponga fin al procedimiento deberá ser motivada y concluyente.

III CONCLUSIONES

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

Estimando que concurren los requisitos para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial, procede la terminación convencional en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx1 y de Dña. xxxx2, D. xxxx3, Dña. xxxx4 y D. xxxx5, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a D. vvvv en el Hospital hhhhh de xxxx6.

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