



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 10 de diciembre de 2010, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxx1 y de D. xxxx2*, 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 noviembre de 2010 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 D. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx1 y de D. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo y hermano, respectivamente, D. vvvvv, ya fallecido, en el Complejo Asistencial de xxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de noviembre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.376/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.

Primero.- El 9 de junio de 2009 D. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx1 y de D. xxxx2, presenta una reclamación de responsabilidad



patrimonial ante la Junta de Castilla y León, debido al fallecimiento de D. vvvvv, hijo y hermano de aquellos, respectivamente, el 10 de abril de 2009, a la edad de 39 años, que achaca a la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada en el Servicio de Oncología del Hospital hhhh1 de xxxx3.

Alega que se produjo una confusión fatal que retrasó el diagnóstico del cáncer que padecía el paciente (Linfoma de Burkitt) y el inicio del tratamiento adecuado (quimioterapia), lo que privó al paciente “de toda posibilidad de curación o remisión de la enfermedad a largo plazo”. Afirman que el tratamiento que le fue inicialmente pautado al paciente (por error, al creer que se trataba de un Linfoma No Hodking) provocó una inmunosupresión que favoreció la progresión del tumor y el fallecimiento del enfermo.

Reclaman por ello una indemnización total de 330.000 euros por los daños morales causados (180.000 euros para la madre y 75.000 euros para cada uno de los hermanos -por error figura en la reclamación 75.00 euros-).

Se acompaña a la reclamación copia del apoderamiento otorgado al compareciente para actuar en el procedimiento en nombre de los interesados, de las certificaciones del Registro Civil en las que consta el parentesco de los reclamantes con el finado, de varios informes médicos y de la certificación literal del Registro Civil en la que figura el óbito.

Segundo.- Obra en el expediente la historia clínica del paciente, un informe del Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia, de 16 de julio de 2009 (al que se adjuntan copias de varios informes clínicos), y un informe de la médico inspector de 1 de septiembre de 2009.

Tercero.- El 11 de marzo de 2010 el Director General de Desarrollo Sanitario suspende el procedimiento general de responsabilidad patrimonial e inicia el procedimiento abreviado. En dicha Resolución “se considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, el alcance del daño y la posibilidad de determinar la indemnización, apreciando una pérdida de oportunidad de tres meses en aplicar un tratamiento más específico para el linfoma de Burkitt”.

Cuarto.- Notificada la concesión del trámite de audiencia (en el que se comunica a los interesados que se han dado instrucciones a la compañía de



seguros sssss para intentar la terminación convencional), la parte reclamante manifiesta su conformidad con las conclusiones expuestas en el informe de la Inspección Médica y reitera su pretensión resarcitoria, "sin perjuicio de poder llegar a una terminación convencional del procedimiento en los términos que sea procedente".

Quinto.- Consta en el expediente la interposición por los interesados de un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de su reclamación y su admisión a trámite el 22 de marzo de 2010 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del xxx4 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (P.O. xxx/2010).

Sexto.- Figura en la documentación remitida un escrito de la compañía de seguros sssss de 8 de junio de 2010, en el que comunica el fracaso de las negociaciones para intentar llegar a un acuerdo indemnizatorio. Afirma que "la cuantía ofrecida asciende a 48.434,93 euros, basándo[se] en el baremo del 2010, el cual contempla solamente indemnizar a la madre y no a los hermanos".

Séptimo.- El 25 de agosto de 2010 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación.

Octavo.- El 5 de octubre de 2010 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.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.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (9 de junio de 2009) hasta que se formula la propuesta de orden (25 de agosto de 2010). 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; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros; máxime en este caso, en el que el inicio de un procedimiento abreviado exigía una especial celeridad en la tramitación.

3ª.- Concurren en los reclamantes los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

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



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

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquel que 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 sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que está, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

Finalmente, debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 20 de diciembre, 20 de marzo y 7 de marzo de 2007 y de 16 de marzo de 2005), según la cual "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida".

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, la documentación obrante en el expediente remitido permite concluir que ha existido una actuación inadecuada de los servicios sanitarios públicos.



Los diversos informes ponen de manifiesto que el tratamiento que se pautó inicialmente era el adecuado e indicado para el Linfoma No Hodgking diagnosticado inicialmente (cuya confirmación diagnóstica quedó pendiente de los resultados de las muestras enviadas al Centro Nacional de Investigaciones Oncológicas). No obstante, tan pronto como este organismo diagnosticó el 11 de agosto el Linfoma de Burkitt (que es una variante específica de Linfoma No Hodgking de alto grado con peculiaridades en su tratamiento), debería haberse iniciado de manera inmediata el tratamiento específico para dicha enfermedad (quimioterapia más agresiva). Sin embargo, el comienzo de dicho tratamiento se demoró hasta el 14 de noviembre de 2008, es decir, tres meses después de su diagnóstico, cuando ya se había detectado la afectación tumoral del brazo izquierdo.

Admitido por la Administración que este retraso conllevó una pérdida de oportunidad terapéutica para la curación de la enfermedad del paciente, ha de indemnizarse el perjuicio causado.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización, la propuesta de orden considera que sólo procede indemnizar a la madre del fallecido y cuantifica la indemnización en 33.904,45 euros, resultado de aplicar orientativamente los baremos oficiales establecidos para las indemnizaciones por muerte derivada de accidentes de circulación, estimar que ha de reconocerse la mitad de la cuantía fijada para los padres (96.869,86 euros), al haber premuerto el padre, y ponderar de manera justificada en un 70% las posibilidades de curación del enfermo en el caso de que se hubiera instaurado a tiempo el tratamiento correcto una vez conocido el diagnóstico de Linfoma de Burkitt.

Este Consejo comparte el criterio de que sólo ha de indemnizarse a la madre, pero considera, sin embargo, que la cuantía indemnizatoria ha de ascender a 67.808,90 euros (70% de 96.869,86 euros), ya que se estima, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales más recientes, que cuando haya premuerto uno de los progenitores, el superstite ha de percibir el 100% de la cuantía prevista en el baremo.

En este sentido, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el 14 de febrero de 2003 un acuerdo no jurisdiccional, en virtud del cual "la cuantía indemnizatoria prevista en el Grupo IV de la Tabla I del Baremo, contenido en el anexo a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y



Supervisión de los Seguros Probados, en el supuesto de fallecimiento de víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes, en tanto que expresamente se atribuye a los padres, ha de entenderse que se trata de la concesión del importe total a ambos progenitores conjuntamente, de modo que ni procede otorgar la totalidad de esa cantidad, legalmente fijada, a cada uno de ellos por separado, en caso de supervivencia de los dos, ni reducirla a la mitad de la prevista cuando fuere uno sólo el superviviente”.

Como expone la Sentencia de 20 de enero de 2010 de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª, rec. 20/2010), “lo cierto es que sí se ha asentado una jurisprudencia que puede calificarse como reiterada y pacífica a partir del [mencionado acuerdo]”. Y añade lo siguiente:

“Tal acuerdo fue aplicado de inmediato por las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 05-03-2003, nº 2147/2002, y 11-03-2003. Obviamente, fue paulatinamente asumido por las Audiencias Provinciales, por ejemplo, en sentencia de la Audiencia Provincial de León-Sección 3ª de fecha 16-06-2003, nº 70/2003; Audiencia Provincial de Madrid-Sección 16ª de fecha 17-10-2005, nº 707/2005; Audiencia Provincial de Navarra-Sección 3ª de fecha 19-09-2005, nº 126/2005; Audiencia Provincial de La Coruña-Sección 6ª de fecha 13-09-2007, nº 83/2007; Audiencia Provincial de Barcelona-Sección 2ª de fecha 08-02-2006, nº 148/2006; Audiencia Provincial de Lleida-Sección 1ª de fecha 20-09-2005, nº 349/2005; Audiencia Provincial de Badajoz-Sección 3ª de fecha 15-04-2005, nº 65/2005; Audiencia Provincial de Alicante-Sección 3ª de fecha 06-04-2006, nº 163/2006, y Audiencia Provincial de Almería-Sección 3ª de fecha 07-12-2007, nº 345/2007. Todas las resoluciones declaraban, además, que acogían el citado acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

»Incluso la Audiencia Provincial de Asturias, que en sentencia de su Sección 3ª de fecha 08-11-2005, nº 246/2005, acogía la tesis favorable a la aseguradora (y por ello la citaba expresamente en su impugnación a la apelación), acoge el nuevo criterio del Tribunal Supremo en sentencia de su Sección de fecha 10-05-2007, nº 114/2007. Y si la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora-Sección 1ª de fecha 10-05-2005, rec. civil 178/2003, defendía la tesis favorable a la apelada (y por este motivo también la citaba en su recurso), la sentencia de la misma Audiencia Provincial de Zamora-Sección 1ª de fecha 28/07/2005, rec. civil 255/2005, cambia el criterio y expresa que lo



hace, precisamente, acogiendo el mantenido por el acuerdo de Sala del Tribunal Supremo de fecha 14-02-2003".

7ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar que la parte interesada ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta, por silencio administrativo, denegatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia. Por ello se considera conveniente que se comunique al órgano jurisdiccional que juzgue el asunto la resolución por la que se estima parcialmente la reclamación de los interesados y, en su caso, su conformidad al respecto, a los efectos oportunos.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 67.808,90 euros, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. yyyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx1 y de D. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo y hermano, respectivamente, D. vvvvv, ya fallecido, en el Complejo Asistencial de xxxxx.

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