



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero y

Ponente

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 29 de diciembre de 2010, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx*, 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 22 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 Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 23 de noviembre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.496/2010, 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. Pérez Solano.

**Primero.-** El 3 de junio de 2008, Dña. xxxxx, de 65 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial en la Gerencia de Atención Especializada del Hospital hhhh2 de xxxx1, debido a la asistencia que le fue prestada en el centro concertado Hospital hhhh1 de xxxx1.



En su escrito expone que “El día 3 de mayo (...) acudió al hhhh1 a operarse de una catarata. Al proceder a la anestesia la doctora (...) cometió una negligencia (como anestesista): al ir a anestesiar la rozó una vena del ojo sin llegar a operar ni a ser anestesiada la provocó un derrame ocular por lo cual, a parte de los días de ingreso (4 días) que estuvo en el centro hhhh1, ha perdido la vista total del ojo izquierdo no siendo recuperable la vista”.

Reclama por los daños causados una indemnización que no cuantifica.

**Segundo.-** Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe del Hospital hhhh1, documentos de consentimiento informado para la anestesia y para la cirugía de cataratas con implante de lente intraocular firmados por la paciente en las consultas previas a la cirugía en citado Hospital, informe oftalmológico relativo al proceso asistencial de la paciente e informe de la Inspección Médica de 2 de septiembre de 2008, en el que se señala que “(...) la visión previa a la intervención de la asegurada en el ojo izquierdo era muy escasa.

»La intervención de catarata de ese ojo no estaba indicada, y por tanto tampoco lo estaba su derivación al centro concertado.

»En el centro concertado posiblemente no existieran datos suficientes de la asegurada en relación con su hamartoma en el ojo izquierdo, y al realizar la anestesia se produjo una hemorragia.

»La asegurada perdió la poca visión que le quedaba, si es que tenía alguna (pues presentaba además la opacidad del cristalino, motivo por el que iba a ser intervenida)”.

**Tercero.-** El 4 de septiembre se concede trámite de audiencia a la reclamante y al Hospital hhhh1, notificados respectivamente el 12 y 11 de septiembre.

El 26 de septiembre la reclamante presenta escrito en el que reitera la pretensión indemnizatoria por los daños sufridos a causa de la aplicación de la anestesia, que no cuantifica. Considera que ha existido una mala actuación de la Administración por acción y por omisión:



“A.- Por acción: La mala *praxis* médica al pinchar en lugar equivocado produciendo un daño irreparable.

»B.- Por omisión: Por proceder a una intervención, sin haber sido proporcionados a la anestesista todos los antecedentes existentes en el historial médico de la paciente, para que tuviera en cuenta a la hora de pinchar la existencia del hamartoma que padecía la paciente”.

El 29 de septiembre el Centro concertado presenta escrito en el que señala que no existe responsabilidad directa ni indirecta en el resultado de la intervención de catarata a la que la paciente fue sometida, pues “como ya apunta la Inspección, en ningún momento tuvo conocimiento de, según el informe de la Inspección, la concurrencia de factores de posible inviabilidad de la intervención, o de riesgo añadido que hiciesen que la intervención de catarata de ese ojo no estuviera indicada y por tanto tampoco estaba la derivación al centro concertado”.

**Cuarto.-** El 20 de octubre de 2008, a la vista de las alegaciones presentadas y de las nuevas circunstancias puestas de manifiesto, el Servicio de Inspección considera necesario completar la instrucción del procedimiento mediante las siguientes actuaciones:

- Cumplimentar el parte de reclamación a la compañía sssss, remitiéndole copia íntegra del expediente.

- Aportar la historia clínica de la paciente en ambos Hospitales.

- Requerir informe del Servicio de Oftalmología del Hospital hhhh2 de xxxx1 en relación con su actuación.

- Trasladar a la Inspección Médica la documentación generada de las actuaciones anteriores para que emite informe complementario.

Obra en el expediente la documentación referente a la práctica de las anteriores actuaciones.

También se incorpora al expediente el anexo I del Contrato Marco Quirúrgico 1/2004, relativo a las especificaciones técnicas para los



procedimientos quirúrgicos generales. En el apartado 1 del bloque E -protocolo de realización del procedimiento-, entre otros requisitos que deben cumplir los centros concertados en consulta externa de valoración y planificación del tratamiento, se señala: “En la misma se realizará anamnesis, exploración física completa y todas las exploraciones complementarias, rutinarias o especiales, o procedimientos terapéuticos previo a la realización del procedimiento específico, incluido el estudio preoperatorio”.

Como requisito general del protocolo se establece que: “Si el equipo quirúrgico del centro concertado estimase que por razones médicas detectadas en el estudio preoperatorio, no procede la intervención quirúrgica de un paciente, o el procedimiento indicado no es correcto, el centro contratado lo comunicará de manera inmediata al centro de gasto contratante o unidad del centro hospitalario del Sacyl que éste designe, expresando la nueva indicación y su presupuesto de ejecución (...). El centro de gasto contratante podrá no aceptar la nueva indicación (...) mediante comunicación por escrito”.

**Quinto.-** Consta en el expediente escrito de 22 de mayo de 2009 del Jefe de Servicio de Inspección, en el que comunica que el suceso no está cubierto por la póliza contratada con la Compañía Aseguradora.

**Sexto.-** El 5 de junio de 2009 se concede trámite de audiencia a la reclamante y al Centro concertado, los cuales presentan alegaciones los días 22 y 24 de junio, respectivamente.

La reclamante se ratifica en sus anteriores alegaciones y añade que de la documentación aportada se evidencian nuevos datos que inciden en la responsabilidad patrimonial del Sacyl.

Por su parte, la representación del Hospital hhhh1 se ratifica en sus alegaciones anteriores e insiste en que la responsabilidad patrimonial es del Hospital hhhh2 de xxxx1 que es el que ordena una intervención no indicada para la paciente, que además no se llegó a realizar, por lo que no debería de haber procedido a su derivación al centro concertado.

**Séptimo.-** El 7 de septiembre de 2010 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden estimatoria de la reclamación presentada por Dña. xxxxx,



reconoce su derecho a una indemnización de 10.342,80 euros y declara la responsabilidad del Hospital hhhh1.

**Octavo.-** El 14 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 (3 de junio de 2008) hasta que se formula la propuesta de orden (7 de septiembre 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, sin olvidar el incremento que ha de



conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder a la reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

**3ª.-** Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992. 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, nexos causales 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.

Quiere con ello decirse que, incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

Finalmente, debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 de marzo, 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual “a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en 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, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a estimar la pretensión indemnizatoria.

El informe de la Inspección Médica de 2 de septiembre de 2008 señala que la visión de la asegurada previa a la intervención en el ojo izquierdo era muy escasa, por lo que la intervención de catarata de ese ojo -y su derivación al centro concertado- no estaba indicada. Añade además que en el centro concertado posiblemente no existieran datos suficientes de la asegurada en relación con su hamartoma en el ojo izquierdo, y al realizar la anestesia se produjo una hemorragia.

A la luz de todo lo expuesto, de los datos y las consideraciones recogidas en los informes obrantes en el expediente no parece, pues, que la actuación sanitaria prestada fuera acorde con los estándares exigibles a la prestación del servicio ni que la paciente recibiera una atención adecuada para el tratamiento de su dolencia. Cabe apreciar, en consecuencia, un funcionamiento anormal de





los servicios sanitarios y, por tanto, debe indemnizarse a la reclamante en los términos que se exponen más adelante.

**6ª.-** Llegados a este punto es necesario referirse a las previsiones contenidas en el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que dispone:

“1.- Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

»2.- Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

»3.- Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

»4.- La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

Las Administraciones no responden, en términos generales, de los daños causados por los contratistas, de conformidad con el citado artículo 198 de la LCSP. Este Consejo Consultivo viene considerando que las previsiones contenidas en el precepto legal deben aplicarse en sentido literal, es decir, entender que la regla general consiste en la responsabilidad del contratista y que la Administración sólo responde si ha mediado una orden suya que haya provocado el daño o si éste es consecuencia de vicios del proyecto (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2001, 19 de febrero de 2002 y 24 de abril y 30 de octubre de 2003).



Este criterio, además, ha sido seguido por otras muchas resoluciones de otros Tribunales. En este sentido pueden citarse el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2003, diversas resoluciones emanadas del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (entre otras, Sentencia de 1 de junio de 2004, de la Sala de Valladolid, y de 25 de enero y 22 de marzo de 2002, de la Sala de Burgos), y otros Tribunales Superiores de Justicia como el de Cataluña (Sentencia de 31 de octubre de 2003), Canarias (Sentencia de 8 de abril de 2005), Cantabria (Sentencias de 2 y 14 de julio de 2004) o Navarra (Sentencia de 19 de mayo de 2004).

La Administración ante quien se dirige la reclamación debe pronunciarse, en primer término, sobre la procedencia de la indemnización, la lesión sufrida por el particular y, caso de estimar procedente aquélla, optar entre hacerse cargo de su pago o imponer tal obligación al concesionario. La omisión de este pronunciamiento no puede sino traducirse, para garantizar los derechos del particular reclamante, en la directa atribución de la responsabilidad patrimonial a la Administración. Así lo prevé la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, Sentencias de 9 de mayo de 1989 y de 12 de febrero de 2000, en las que se establece el principio de que la Administración, titular del servicio público, no puede en modo alguno desentenderse de los daños causados por la actuación de la empresa que gestiona el indicado servicio, con lo que ha de resolver sobre la procedencia de la indemnización y sobre quién debe pagarla, quedando en caso contrario obligada a responder, bien que quepa repetir contra la empresa contratista, de acuerdo con el precepto que invoca.

Conforme con lo razonado hasta ahora, en la tramitación del procedimiento de responsabilidad ha de discernirse si la actuación lesiva es atribuible a la Administración Pública titular del servicio que se presta o al contratista al que se le ha encomendado el mismo. Para ello es inexcusable que, tal y como acertadamente se ha procedido en el supuesto sometido a dictamen, durante la instrucción del procedimiento se conceda a dicho contratista la posibilidad de intervenir en él, formular alegaciones y, en su caso, proponer y practicar la pertinente prueba, pues en caso contrario se le ocasionaría una patente indefensión en la aplicación del régimen que sobre daños y perjuicios se contempla en el artículo 198 de la LCSP.

En el presente caso, resulta suficientemente acreditado que el centro concertado ha intervenido en el procedimiento y ha tenido completo



conocimiento de su condición de parte, por lo que la Administración ha cumplido el procedimiento legalmente establecido.

Respecto a la atribución de la responsabilidad en el supuesto sometido a dictamen, ha de hacerse constar que la Administración reclamada no puede quedar eximida de aquélla, ya que la Inspección Médica señala en su informe que “La intervención de catarata de ese ojo no estaba indicada y por tanto tampoco lo estaba su derivación al centro concertado”.

El centro concertado, por su parte, desvía en sus alegaciones la responsabilidad con base en el informe de la Inspección Médica, en el que se señala que en dicho Centro posiblemente no existieran datos suficientes de la asegurada en relación con su hamartoma en el ojo izquierdo, y al realizar la anestesia se produjo una hemorragia. Sin embargo dichas manifestaciones son desvirtuadas por los informes obrantes en el expediente. Al respecto hay que señalar que en el informe oftalmológico del Hospital hhhh1 se recogen los resultados derivados de la exploración efectuada a la paciente el 24 de abril de 2008, antes de ser sometida a la intervención, en el que en relación con su ojo izquierdo indica que: “El nervio óptico se ve con dificultad por presentar una alteración compatible con el hamartoma previamente descrito”. Por lo tanto el centro concertado conocía la situación de la paciente antes de su entrada al quirófano.

Además, en el contrato del que resulta adjudicatario el Hospital hhhh1 mediante el procedimiento negociado PNQ1/2008, derivado del Contrato Marco Quirúrgico 1/2004, en el que como requisito general del protocolo se establece que si el equipo quirúrgico del centro concertado estimase que por razones médicas detectadas en el estudio preoperatorio, no procede la intervención quirúrgica de un paciente, o el procedimiento indicado no es correcto, lo deberá comunicar inmediatamente.

Si la cirugía no era la acorde, el centro concertado, en lugar de proceder a intervenir debería de haber comunicado esta circunstancia al Hospital hhhh2, lo cual no consta que realizase por lo que la responsabilidad es suya.

Por lo tanto, a la luz de los hechos acreditados y los preceptos aludidos, este Consejo Consultivo considera que, en el presente caso, existe una



conurrencia de culpas, al 50%, entre la Administración y el Hospital hhhh1 de xxxx1.

**7ª.-** Respecto al importe de la indemnización, se comparte la cuantía indemnizatoria de la propuesta de resolución que, con base en el baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y su actualización por Resolución de 31 de enero de 2010, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, fija en 10.342,80 euros.

Todo ello sin perjuicio de que el importe de la indemnización deba actualizarse 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

### **III CONCLUSIONES**

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

1º) Procede dictar resolución estimatoria, por importe de 10.342,80 euros, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.

2º) Corresponde a la Administración Autonómica y al Hospital hhhh1 de xxxx1 indemnizar los daños y perjuicios causados en un 50% cada uno de ellos.

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