



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 15 de abril de 2010, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. 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 9 de marzo 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. yyyyy, en nombre y representación de D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en la Clínica hhhhh de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de marzo de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 292/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

Primero.- El 4 de mayo de 2007 D. yyyyy, en nombre y representación de D. xxxxx, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial en la Gerencia de Salud de Área de xxxxx, debido a la asistencia que le fue prestada



en el centro concertado Clínica hhhhh de xxxxx (en algunos documentos figura como Clínica Médico-Quirúrgica hhhhh).

En su escrito expone que el paciente, de 19 años de edad, sufre un traumatismo en la extremidad inferior izquierda el 9 de febrero de 2005. Se le diagnostica rotura de ligamento cruzado derecho y de ambos meniscos y se propone intervención quirúrgica, que se realiza el 26 de mayo siguiente en la Clínica hhhhh, a la que fue remitido por SACYL. Posteriormente presenta una importante infección que no es controlada con curas y requiere nueva intervención e ingresos posteriores. Mediante resolución de 11 de diciembre de 2006 se le declara afecto de invalidez permanente total.

Reclama por los daños causados una indemnización de 217.631,85 euros. Adjunta a la reclamación copia del poder de representación, de documentos acreditativos de su condición de pensionista, de informes médicos e informe pericial y factura de prueba diagnóstica.

Segundo.- Al expediente se incorporado, además de la historia clínica, informe de la Clínica hhhhh e informe de la Inspección Médica de 22 de febrero de 2008, que considera que el paciente ha sufrido un “daño desproporcionado” si se tiene en cuenta su situación clínica anterior, su patología y el tratamiento que le correspondía, por lo que propone que se acceda a indemnizar por daños y perjuicios.

Tercero.- Consta en el expediente documentación acreditativa de haberse interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Obra asimismo en el expediente escrito de 23 de julio de 2008 del Jefe de Servicio de Inspección, en el que comunica que el siniestro no está cubierto por la póliza contratada con la Compañía Aseguradora.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia al reclamante y a la Clínica hhhhh, ésta no realiza alegaciones y el reclamante presenta un escrito en el que reitera la pretensión indemnizatoria, que incrementa hasta la cantidad de 263.767,12 euros.



Sexto.- El 8 de febrero de 2010 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación en la cuantía de 186.084,86 euros y declara la responsabilidad de la Clínica Médico-Quirúrgica hhhhh.

Séptimo.- El 19 de febrero 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 (4 de mayo de 2007) hasta que se formula la propuesta de orden (8 de febrero 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 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.

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 parcialmente la pretensión indemnizatoria.

El informe de la Inspección Médica de 22 de febrero de 2008 señala que la causa de la osteomielitis de tibia sufrida por el paciente está en la infección por esporas de hongos “mucorales” y ello es debido, con toda probabilidad, a “un defecto de higiene para la destrucción de un microorganismo que se encuentra prácticamente en cualquier lugar pero no debe encontrarse nunca en un quirófano, ni en material, ni instrumental quirúrgico o la contaminación accidental de tornillo y/o instrumental por el mismo motivo”.

Añade que dicha osteomielitis fúngica, que no puede aceptarse como riesgo típico de la intervención de artroplastia realizada, ha originado graves e



importantes daños al paciente y le han causado una enfermedad crónica que le ha obligado a reiterados ingresos hospitalarios e intervenciones quirúrgicas, y que, en definitiva, le ha provocado la incapacidad temporal para su trabajo habitual, el reconocimiento de una incapacidad permanente, la repercusión en su vida cotidiana y, consecuentemente, el daño moral en una persona joven (tenía 19 años en la fecha de su primera intervención que tan gravemente se complicó). En definitiva, el paciente ha sufrido un daño desproporcionado, si se tiene en cuenta su situación clínica anterior, su patología y el tratamiento que le correspondía.

Asimismo aprecia la Inspectora Médica descoordinación en el ingreso urgente del paciente el día 7 de julio de 2005 en el Hospital hhhhh1, derivado desde la Clínica Médico quirúrgica hhhhh, a la vista de las anotaciones de enfermería que quedan reflejadas.

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 y que el paciente recibiera una atención adecuada para el tratamiento y seguimiento de su dolencia. Cabe apreciar, en consecuencia, un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios y, por tanto, procede indemnizar al reclamante.

6ª.- Llegados a este punto es necesario referirse a las previsiones contenidas en el artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (vigente en el momento de la intervención realizada), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, LCAP), aplicable en el presente caso de acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 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 artículo 97 de la LCAP. Este Consejo Consultivo considera que las previsiones de este precepto 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 el mismo 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 expediente de responsabilidad se ha de discernir 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 aquél. 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 el mismo, 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 97 de la LCAP.

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 en el procedimiento instruido, por lo que la Administración ha cumplido el procedimiento legalmente establecido.

Por lo tanto, a la luz de los hechos acreditados y los preceptos aludidos, este Consejo Consultivo considera que, en el presente caso, es responsable la Clínica hhhhh de los daños causados al paciente intervenido.

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 186.084,86 euros.

8ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar que el interesado ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso o, en otro, 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 último, este Consejo se ve igualmente en la obligación de poner de manifiesto que la demora injustificada en resolver el presente expediente de responsabilidad patrimonial y la consiguiente ausencia de causas expresas denegatorias de su reclamación -la desestimación se produce por silencio administrativo-, ha llevado a acudir a la vía judicial, con los gastos que esto conlleva de procurador y abogado, entre otros. Si bien es cierto que el cumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver en plazo no hubiera impedido, en este caso, que se acudiera a la vía judicial, también lo es que los argumentos en que se fundamenta la desestimación es posible que hubieran hecho desistir de esta opción.

III CONCLUSIONES

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

1º) Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 186.084,86 euros, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. yyyyy, en nombre y representación de D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en la Clínica hhhhh de xxxxx.

2º) Corresponde a la Clínica hhhhh de xxxxx indemnizar los daños y perjuicios causados.

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