



Sr. Pérez Solano, Presidente en funciones

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Quijano González, 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 2 de agosto de 2007, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxx*, 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 21 de junio de 2007 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. xxxx, debido a los daños derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 25 de junio de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 611/2007, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión de 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 la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

Primero.- El día 19 de abril de 2006 Dña. xxxx presenta en el registro de la Oficina de Empleo de xxxx de xxxx, una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, debido a los perjuicios físicos y morales causados por el olvido de una gasa en el interior de su cuerpo durante la cirugía realizada, el 24 de junio de 2004, en el Centro



Concertado Hospital de xxxx hhhh, así como por el retraso en su detección y extracción quirúrgica.

Solicita una indemnización de 72.000 euros.

Adjunta a su reclamación abundante documentación, entre la que destaca: una hoja de interconsulta realizada por el Doctor ssss, ginecólogo del Centro de Salud de xxxx; solicitud de intervención quirúrgica programada e inclusión en lista de espera; hoja de protocolo de la intervención, de fecha 24 de junio de 2004; observaciones de enfermería durante el ingreso en el Hospital hhhh de xxxx; informe de alta del Servicio de Ginecología del Hospital hhhh de xxxx, de 28 de junio del mismo año; informe biopsico de la intervención realizada; informe del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital Clínico Universitario de xxxx sobre ecografía abdominal, de fecha 9 de septiembre de 2005; informe médico del ginecólogo Dr. gggg, de 7 de noviembre; informe del Servicio de Urgencias del Hospital Clínico Universitario de xxxx de fecha 9 de noviembre; informe de protocolo de intervención, de fecha 11 noviembre; informe del Servicio de Ginecología, realizado por el Doctor mmmm, de noviembre de 2005; nota interna remitida por la Subdirección Médica al Servicio de Atención al Paciente de este mismo Hospital con fecha 7 de marzo de 2006; nota interior de la Subdirección del Área Médica del Hospital Clínico Universitario de xxxx de fecha 7 de marzo de 2006; carta dirigida a la reclamante del Servicio de Atención al Paciente del Hospital Clínico Universitario de xxxx, con fecha de salida 8 de marzo de 2006; y hoja de consentimiento informado acerca de los riesgos de la intervención, firmada por Doña xxxx.

Segundo.- Dña. xxxx, nacida el 8 de agosto de 1965, es diagnosticada de mioma uterino y por ello incluida en la lista de espera quirúrgica de Ginecología del Hospital Clínico de xxxx el día 18 de marzo de 2004.

El día 24 de junio de 2004, en virtud de un concierto sanitario, es intervenida en el centro privado Hospital de xxxx hhhh, de una histerectomía subtotal y anexectomía izquierda.

En los días posteriores Dña. xxxx tiene malestar general, vómitos y diarrea, indicándole el ginecólogo que la intervino que estas molestias son normales en el postoperatorio.



El día 28 de junio de 2004 recibe el alta hospitalaria, con un tratamiento específico para los gases y el dolor.

Ese mismo día la paciente acude a Urgencias del Centro de Salud de xxxx, debido a su malestar, dolores gástricos e intolerancia alimentaria, pautándole tratamiento medicamentoso similar al prescrito con el diagnóstico de gases.

El 13 de julio de 2004 acude a revisión al Hospital hhhh, indicándole el ginecólogo que la evolución es normal y favorable.

El día 7 de agosto recibe el alta médica, reincorporándose a su trabajo. No obstante la reclamante sufre presuntamente afectación psicológica, "que afecta a la percepción de sí misma y a su vida familiar".

El día 10 de octubre de 2005, un especialista privado –endocrino-, al que Dña. xxxx acude para iniciar una dieta, detecta accidentalmente un bulto en el abdomen y le indica la necesidad de ser revisada por su médico de cabecera, que a su vez le remite al ginecólogo.

El 9 de noviembre de 2005, ante la insistencia de la reclamante y teniendo que acudir a un ginecólogo privado, es derivada al Servicio de Urgencias del Hospital Clínico de xxxx por el ginecólogo del Centro de Salud de xxxx, por presentar una tumoración que había sido confirmada en una ecografía previa, realizada por su cuenta dos días antes por un ginecólogo privado.

En Urgencias del Hospital Clínico se efectúa ecografía abdominal, en la que se aprecian restos uterinos y ovario derecho normal, y gran masa heterogénica en pelvis por encima de la vejiga. Mediante radiografía normal se confirma la existencia de masa abdominal, compatible con gasa radiopaca, por lo que se decide el ingreso hospitalario para su extracción quirúrgica.

El 11 de noviembre la reclamante es intervenida, mediante laparotomía exploradora, de una tumoración pegada a la pared abdominal, que se extrae y que se valora como una reacción de cuerpo extraño de material quirúrgico, siendo el estudio bacteriológico del exudado negativo.



El día 15 de noviembre la reclamante recibe el alta hospitalaria.

Tercero.- Al expediente se incorporan, entre otros, los siguientes documentos:

- Notificación de la reclamación al Hospital de xxxx hhhh, como centro dispensador de la asistencia sanitaria reclamada, para personación en el procedimiento y emisión de informe sobre los hechos objeto de reclamación.

- Informe del Hospital de xxxx hhhh, emitido por el D. aaaa, Director Médico de Actividades Ambulatorias y Extrahospitalarias de xxxx, como empresa gestora del centro. En el mismo, a modo de conclusión, se puede leer: "(...) el que se haya descubierto una tumoración abdominal más de un año después, en octubre de 2005, como hallazgo casual de una exploración realizada por un facultativo en el contexto de una consulta que nada tenía que ver con la intervención realizada en junio de 2004; que la paciente no acudiese al Servicio de Urgencias hasta casi un mes después; que la paciente ingresase el 9 de noviembre de 2006 en el Servicio de Ginecología del hhhh2., pero los propios ginecólogos de dicho servicio pospusieron la intervención hasta el 11 de noviembre; que a los cuatro días de la intervención la paciente fue dada de alta; que el resultado del estudio bacteriológico del exudado que acompañaba al cuerpo extraño hubiese sido negativo; no nos permite colegir que en ningún momento se hubiese puesto en peligro la vida de la paciente, como afirma Dña. xxxx, ni siquiera que el procedimiento quirúrgico al que fue sometida fuese considerado de urgencia, una vez identificada la causa de la tumoración abdominal como reacción a una gasa quirúrgica, permitiendo realizar una intervención programada que cursó sin ninguna complicación."

- Informe de la Dra. Dña. pppp, Inspectora Médico de la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxx, fechado el 6 de junio de 2006, en el que se manifiesta: "(...) En este caso se produjo una intervención quirúrgica con una técnica adecuada, pero al final de la misma el recuento de material quirúrgico no fue el correcto, a tenor de la existencia de restos del mismo en la paciente.

»Es factible presuponer que se trata de restos de esa intervención y no de otra, en base a la localización (abdominal en hipomesogastrio), al tamaño 10x14 cm. y a la delimitación (atendiendo a que estuvo casi año y medio formándose).



»(...) Ésta médico inspector considera que debe estimarse este expediente de responsabilidad sanitaria, valorándose el hecho del olvido del material quirúrgico en el transcurso de una intervención.”

Cuarto.- Concluida la instrucción del expediente, se concede trámite de audiencia a la parte interesada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, a efectos de que formule las alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime oportunos

El día 15 de junio de 2006 comparece la reclamante, acompañada de su representante, D. yyyy1, para vista del expediente. Con fecha 28 de junio presenta escrito de alegaciones aportando la acreditación de la representación, ratificándose en las pretensiones iniciales.

D. yyyy2, representante de la empresa Sanitaria de Inversiones xxxx, S.A., titular del Hospital de xxxx hhhh1, comparece para vista del expediente el día 21 de junio de 2006, sin que conste que se hayan presentado alegaciones.

Quinto.- El 23 de febrero de 2007, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de xxxx del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León se requiere, en el procedimiento ordinario 2080/2006, el expediente administrativo relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este dictamen.

Sexto.- Con fecha 30 de mayo de 2007, el Director General de Administración e Infraestructuras firma propuesta de orden de la Consejería de Sanidad, estimando parcialmente la reclamación.

Séptimo.- El 4 de junio de 2007 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la mencionada propuesta.

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.

Cabe hacer al respecto un único reproche en la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, toda vez que existe una evidente tardanza en la misma. Este retraso necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a 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 al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución. Esta tardanza es especialmente relevante en casos como el que nos ocupa, en los que se obliga a la interesada a acudir a la vía contencioso-administrativa ante la inactividad de la Administración.

Además, en la resolución que se dicte debe añadirse el correspondiente pie de recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Igualmente, debe ser incluida la posibilidad de interponer recurso de reposición conforme a los artículos 116 y siguientes de la mencionada Ley 30/1992, de 26



de noviembre, y 61.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

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.

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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

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 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1008/2005, de 1 de diciembre; 1134/2005, 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 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.

5ª.- Es preciso señalar, en primer lugar, que la interesada ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, citada, puesto que, tratándose de daños de carácter físico, “el plazo empieza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

El Tribunal Supremo sigue al respecto el principio de la *actio nata*, en virtud del cual se ha de estar al momento en que es posible ejercitar la acción por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad (Sentencias de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990, 21 de enero de 1991 y 26 de mayo de 1999).

En esta línea el Alto Tribunal, en Sentencia de 6 de mayo de 2000, con cita de Sentencias de 13 de junio de 1988, 30 de noviembre de 1990, 18 de noviembre de 1996 y 5 de noviembre de 1997, señala que el plazo de prescripción comienza “a partir del momento en que se conozca definitivamente el alcance de las secuelas”, y en este sentido ya se pronuncia el último párrafo del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, al establecer que “en caso de daños físicos (...) a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.



Así, a pesar de que la primera intervención a la que fue sometida la interesada tuvo lugar el 18 de marzo de 2004, la determinación del cuerpo extraño que tenía en la mama izquierda -debido a la presencia de restos de drenaje- se produce, por primera vez y de forma fehaciente, el 11 de noviembre de 2005. La reclamación se presentó el 19 de abril de 2006, por lo tanto, dentro del plazo legal para recurrir.

6ª.- Entrando en el fondo del asunto, es preciso determinar si en la asistencia sanitaria prestada a la reclamante por un centro concertado concurren los presupuestos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la acreditación de la relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido, debiendo añadirse que esta clase de responsabilidad ha sido reconocida por la jurisprudencia como de carácter objetivo, de manera que basta demostrar la efectividad del daño y el nexo de causalidad con la actividad de la Administración, con independencia de todo juicio de intencionalidad; lo cual, no obstante, no supone en el ámbito de la actividad sanitaria presumir un resultado exitoso en toda clase de actuaciones médicas (lo que equivaldría a configurar una obligación de resultado) siempre y en cualquier circunstancia, que no es compatible con la naturaleza de tal actividad y con el estado de la ciencia y la técnica, debiéndose, eso sí, adecuar la actuación a la *lex artis*.

La responsabilidad patrimonial de la Administración se configura por lo tanto como una responsabilidad de carácter objetivo, en la que la teoría de la *lex artis* constituye desde hace años un límite preciso a dicho sistema. Esta teoría 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, 3657/2002 o 3623/2003). Parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios –recordamos 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 están 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.

Analizados los requisitos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, procede su aplicación a los hechos concurrentes en el presente supuesto. De ellos se deduce que la reclamante ha debido sujetarse, en lo que se refiere a la responsabilidad que se reclama, a dos intervenciones quirúrgicas: la primera estrictamente necesaria por su dolencia, y la segunda para extracción de un drenaje quirúrgico -una gasa olvidada-, circunstancia esta última que en modo alguno puede considerarse como inserta necesariamente o correspondiente de una forma ordinaria a la primera intervención a la que se sometió la reclamante, sino como consecuencia anómala de aquel acto quirúrgico, cuya corrección ha precisado de tal operación reparadora y que, en definitiva, ha producido un resultado dañoso que la reclamante no tiene el deber jurídico de soportar, ya que se ha admitido que tal consecuencia no era de imposible evitación y no suponía un caso fortuito –supuesto que tampoco impediría el surgimiento de la responsabilidad patrimonial–, sino que es consecuencia anómala e innecesaria del acto quirúrgico realizado (así, en un caso semejante, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2001).

Existe por tanto, reconocida por las partes, relación de causalidad entre la actividad prestacional y el resultado lesivo, consistiendo el daño en que la interesada ha tenido la necesidad de seguir un peregrinaje asistencial para que fueran tenidas en cuenta sus dolencias y se ha debido someter a una nueva intervención quirúrgica, lo que en sí mismo supone ya un determinado grado de sufrimiento e incertidumbre sobre el resultado.

7ª.- Una vez determinada la obligación de indemnizar, la extensión de ésta responde, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 106.2 de nuestra Constitución y 139.1 de la Ley 30/1992, al principio de la reparación “integral” (así, Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2002); de ahí que la reparación comprenda todos los daños alegados y probados por el perjudicado, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o



contingentes, incluyendo también el denominado *pretium doloris* (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988, 12 de marzo de 1991 y 4 de febrero de 1999).

A la hora de efectuar una valoración, la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990, 27 de noviembre de 1993 y 21 de abril de 1998) ha optado por una valoración global, que pondere o tome en consideración todas las circunstancias concurrentes en el caso.

La propuesta de resolución señala que la cantidad fijada por la interesada se considera excesiva, apreciación que viene justificada por el hecho de que, además, la reclamante no ha acreditado, en modo alguno, la realidad de esta valoración económica ni los conceptos que la integran.

La propuesta de resolución ofrece una estimación parcial de las pretensiones de la reclamante, indemnizándola con la cantidad de 3.940 euros, comprensivos de la reparación integral de los perjuicios causados.

Sin embargo, a juicio de este Órgano Consultivo, aunque no considera indemnizables los dolores producidos por no ser objetivables, (parece esclarecido que son producto de la intervención), sí lo es la situación de riesgo derivada de la necesidad de someterse a una segunda operación, que en principio no era necesaria, aunque no haya tenido otras consecuencias; y también el hecho de que, a pesar de las reiteradas quejas de la paciente (acreditadas a lo largo del expediente), el diagnóstico definitivo no se llevara a cabo hasta el 9 de noviembre de 2005, momento en el que se realiza una ecografía abdominal y se encuentra una gran masa heterogénica en pelvis por encima de la vejiga; y mediante radiografía normal se confirma la existencia de masa abdominal, compatible con una gasa, siendo intervenida el 11 de noviembre de 2005.

Esta tardanza, que ha tenido que ser soportada por la reclamante, aconsejaría elevar la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios, incluyendo al menos (al no objetivarse otros daños) las cantidades pagadas a un ginecólogo privado, ante la pasividad en el diagnóstico de un bulto tan "claro y palpable."



8ª.- Respecto de las obligaciones que pesan sobre las empresas contratistas en esta clase de expedientes de responsabilidad patrimonial, hemos de tener en cuenta que en el presente figura la audiencia otorgada a la empresa concertada, concesionaria de la gestión del servicio.

Llegados a este punto es necesario referirse a las previsiones contenidas en el artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que dispone:

“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.

»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.

»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.

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

Ante las dudas sobre la aplicación de este precepto, puestas de manifiesto por el letrado de la Consejería de Sanidad en su informe jurídico, este Consejo Consultivo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su interpretación recordando (por ejemplo en los Dictámenes 669/2004, de 21 de octubre, 712/2004, de 2 de diciembre, y 223/2005, de 31 de marzo) cómo “el Consejo de Estado viene entendiendo que ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración debe resolverse la misma y,



en su caso, incautar la fianza definitiva al contratista y repetir contra él (Dictamen 276/1994, entre otros)".

Así lo había entendido también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en supuestos análogos señala que la Administración demandada debe indemnizar a la parte recurrente por unos daños que ésta no viene obligada a padecer, sin que sean de recibo los argumentos exculpatorios de la Administración, pues ésta debe responder de forma directa del funcionamiento de los servicios públicos de su competencia (artículos 139 de la Ley 30/1992 y 106 de la Constitución), sin perjuicio de su derecho a repetir frente a terceros en aplicación de la normativa sobre contratación administrativa (Sentencias de 31 de marzo y 20 de octubre de 1998). En Sentencia de 13 de octubre de 1998 razona que "es pues, el Ayuntamiento de (...) quien venía obligado a velar por el buen y correcto funcionamiento del servicio de aguas y de las instalaciones que constituyen su soporte material y al no hacerlo de modo suficientemente eficaz, su actuar es relevante en cuanto al resultado producido, sin que pueda hablarse de ruptura del nexo causal en base a un hipotético defecto en las instalaciones motivado por una anomalía de construcción, que de acreditarse, únicamente podría dar lugar, en su caso, a la posibilidad de repetir frente al responsable".

La posición de la Administración en el seno de la relación contractual establecida con estos particulares (concesionario o contratista), en virtud de la cual se distribuyen y asumen riesgos entre las partes contratantes, no incumbe al particular que sufre daños a consecuencia de esa actividad, cuya integridad patrimonial debe ser garantizada por imperativo de los artículos 106 de la Constitución y 139 y siguientes de la referida Ley 30/1992, sin perjuicio de que la indemnización sea abonada finalmente por quien deba soportarla a tenor de la relación obligacional establecida (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1987, 10 de abril y 9 de mayo de 1989 y 11 de febrero de 1997).

Así, "hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de prestación (directamente, o a través de entes filiales sometidos al derecho privado o por contratistas o concesionarios), la posición del sujeto dañado no tiene por qué ser recortado en su esfera garantizadora frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa en función de cuál sea la forma en que son llevadas a cabo y sin



perjuicio, naturalmente, de que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables" (Sentencia de 25 de febrero de 1998).

No obstante, a la vista de la tesis mayoritaria en la jurisprudencia y en contra de lo que mantiene la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad, este Consejo Consultivo consideró necesario, ya en el año 2005, modificar el criterio hasta ahora mantenido y ya expuesto.

Dicha tesis entiende que las previsiones del antiguo artículo 134 del Reglamento General de Contratación y el actual artículo 97 de la LCAP deben aplicarse en sentido literal, es decir, entendiendo que la regla general consiste en la responsabilidad del contratista, respondiendo sólo la Administración si ha mediado una orden suya que haya provocado el daño o que el mismo sea consecuencia de vicios del proyecto (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2001, 19 de febrero de 2002, 24 de abril y 30 de octubre de 2003).

Este criterio, además, ha sido seguido por otras muchas resoluciones de otros órganos jurisdiccionales. 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, Sentencias de 1 de junio de 2004, Sala de Valladolid, y de 25 de enero y 22 de marzo de 2002, Sala de Burgos), así como de otros Tribunales Superiores de Justicia, como el de Cataluña en Sentencia de 31 de octubre de 2003, Canarias en Sentencia de 8 de abril de 2005, Cantabria en Sentencias de 2 y 14 de julio de 2004, o Navarra en Sentencia de 19 de mayo de 2004.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta, además, que aun siendo este criterio el mayoritario en los Tribunales y el que pasó a adoptar este Consejo Consultivo desde el año 2005 (cambio ya expuesto motivadamente en diversos dictámenes, por todos Dictamen 1.105/2005), lo cierto es que su aplicación no es en absoluto plana y uniforme, pues los tribunales, al enfrentarse a la necesidad de dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado, han venido interpretando que si la Administración no resuelve la reclamación, o lo hace sin determinar quién debe responder o sin dar la debida audiencia al contratista con la advertencia expresa de que puede ser declarado responsable de los daños y perjuicios, puede ser condenada a su indemni-



zación; sin perjuicio de que, posteriormente, pueda repetir lo satisfecho por tal concepto frente al contratista.

En este sentido, y a título de ejemplo, puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Burgos, de 22 de abril de 2004, en la que se declara que “la Administración demandada, lejos de cumplir con el ordenamiento jurídico vigente, simplemente omitió dar traslado de la reclamación del recurrente a la empresa contratista, sin que conste que se haya tramitado y mucho menos resuelto, tal y como lo exigía el marco jurídico más arriba indicado, la reclamación de la parte recurrente. Y desde luego, ante este supuesto de incumplimiento legal, lo que no puede la Sala es dar cabida a sus pretensiones pues suponen en esencia, que la propia Administración Local se beneficie de su conducta netamente ilegal. Sólo cabría circunscribir la responsabilidad de la Administración demandada a los justos límites establecidos por el artículo 98 (actual 97) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de haber seguido el procedimiento legalmente establecido”.

En la misma dirección pueden citarse Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León, Sala de Burgos, de 25 de enero y 22 de marzo de 2002; de Galicia, de 23 de marzo de 2005; de Canarias, de 21 de septiembre de 2004 y 28 de enero de 2005; de Madrid, de 30 de septiembre y 5 de octubre de 2004; o de Navarra, de 14 de junio de 2004.

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 el mismo. Pero para ello es inexcusable que durante la instrucción del procedimiento tramitado al efecto se conceda a dicho contratista la posibilidad de intervención en el mismo, formulando alegaciones y, en su caso, proponiendo y practicando la pertinente prueba, pues en caso contrario se le ocasiona 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, la empresa concertada ha intervenido en el procedimiento y ha tenido conocimiento de su condición de parte en el expediente instruido, así como que la Administración ha cumplido el procedimiento legalmente establecido.



Por lo tanto, a la luz de los hechos probados y los preceptos aludidos, este Consejo Consultivo, continuando con la doctrina referenciada y su propia doctrina en supuestos similares (por todos los Dictámenes número 79/2006 y 340/2007), considera que en el presente caso debe responder la empresa contratista de los daños y perjuicios sufridos por la reclamante, no resultando del expediente que éstos hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración.

Por todo ello corresponderá a la Administración de Castilla y León la indemnización por el retraso en el diagnóstico, compuesta, a falta de una objetivación del origen de los dolores iniciales, por las cantidades pagadas a un ginecólogo privado ante la pasividad en el diagnóstico de un bulto tan “claro y palpable”, así como las cantidades conexas referidas al retraso y justificadas en la urgencia de un rápido diagnóstico.

Estas cantidades, a falta de acreditación documental en el expediente administrativo deberán valorarse en expediente contradictorio.

Además de ello, corresponderá indemnizar, a falta de otra valoración objetiva, en la cantidad de 3.940 euros, en concepto de *pretium doloris* por los daños producidos por la segunda cirugía realizada, más el tiempo de hospitalización y recuperación necesitado, cantidad a satisfacer por el centro concertado, Hospital de xxxx hhhh, en aplicación de la doctrina antes referida.

En todo caso el importe de las indemnizaciones deberá 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, citada anteriormente.

9ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y constando que la interesada ha interpuesto un 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.



III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos expuestos, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, debido a los daños derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx.

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