



Sr. Estella Hoyos, Presidente en funciones

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 26 de julio de 2007, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx y Dña. xxxxx1*, 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 D. xxxxx y Dña. xxxxx1, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, ccccc, en el Hospital hhhhh de xxxxx.*

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 610/2007, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación del mismo, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 30 de mayo de 2005, D. xxxxx y Dña. xxxxx1 presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados por el fallecimiento de su único hijo, de 19 años de edad, que imputan al mal funcionamiento de los profesionales del Hospital hhhhh de xxxxx.



Consideran que existió un error en el diagnóstico y un retraso en el tratamiento de la enfermedad de su hijo: el 4 de octubre de 2003 se le diagnóstico "dolor en pie izquierdo sin filiar" y el 15 de diciembre del mismo año, "nódulo doloroso en hueso poplíteo", que tras las oportunas pruebas se consideró como "neurofibromatosis tipo I". Y entienden que, tras el hallazgo de la tumoración, las pruebas se practicaron con notable retraso, lo que determinó la amputación de la extremidad inferior izquierda, así como los sufrimientos y dolores padecidos hasta su fallecimiento, acaecido el 4 de abril de 2004.

Reclaman como indemnización 300.000,00 euros.

Acompañan a su reclamación copia de diversos informes médicos obrantes en la historia clínica, un informe del Centro de hhhh1, fechado el 26 de agosto de 2004, así como el certificado de defunción de su hijo.

Segundo.- Al expediente administrativo, se ha incorporado, además de la historia clínica del paciente fallecido, la siguiente documentación:

- Informes del Servicio de Neurocirugía, de fechas 21 y 28 de junio de 2005.
- Informe del Servicio de Oncología, de 29 de julio de 2005.
- Informe de la Inspección Médica, de 9 de enero de 2006.

Tercero.- Concedido el trámite de audiencia, los reclamantes presentan, el 28 de julio de 2005, un escrito en el que formulan las alegaciones que estiman oportunas, reiteran su pretensión inicial y cuantifican el daño en 311.549,20 euros, cuyo desglose detallan.

Cuarto.- Mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2007, el Jefe de Servicio de Inspección hace constar que "por la Dirección General de Desarrollo Sanitario se ha acordado la suspensión del procedimiento general y la correlativa iniciación de un procedimiento abreviado". No consta, sin embargo, dicha resolución en el expediente remitido.



Quinto.- El 4 de abril de 2007, se remite a la Asesoría Jurídica el expediente administrativo junto con una propuesta de acuerdo indemnizatorio para la emisión del informe jurídico.

Dicha documentación es devuelta a fin de que se incorpore el informe relativo a la estimación de la reclamación y la justificación documental de la legitimación de los recurrentes.

Sexto.- Con fecha 16 de mayo de 2007, el Director General de Desarrollo Sanitario emite el informe complementario a la propuesta de acuerdo indemnizatorio.

Séptimo.- Obra en el expediente la propuesta de acuerdo indemnizatorio, en el que "se propone terminación convencional mediante el pago de 60.000 euros que comprenda la indemnización a ambos reclamantes (fijada a tanto alzado) por la totalidad de los perjuicios causados".

Octavo.- El 28 de mayo de 2007, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de acuerdo citado.

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 de acuerdo con lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno, 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 hacer las siguientes observaciones a la instrucción del expediente:

- Debe hacerse un reproche sobre el excesivo tiempo transcurrido desde que el interesado presenta la reclamación (30 de mayo de 2005) hasta que la solicitud del preceptivo dictamen tiene entrada en este Consejo Consultivo (21 de junio de 2007). Esta circunstancia 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.

- No consta en el expediente la resolución por la que se acuerda la suspensión del procedimiento general y la iniciación del procedimiento abreviado, y que debe recoger todos los extremos mencionados en el artículo 14.1 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, en el presente caso, dado que en el informe complementario a la propuesta de acuerdo convencional se recogen tales extremos de forma inequívoca, este Consejo Consultivo estima que no procede requerir dicha documentación con carácter previo a la emisión del dictamen. Ello sin perjuicio de reiterar la obligación de incorporar al expediente la citada resolución, en la medida que el expediente ha de remitirse completo a este órgano consultivo.

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 Autónoma 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, 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 Autónoma de Castilla y León.

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.



5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. xxxxx y Dña. xxxxx1, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo en el Hospital hhhhh de xxxxx.

Los interesados han interpuesto la reclamación en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

6ª.- En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo comparte en lo fundamental el criterio de la Administración consultante, que aprecia la existencia de una actuación inadecuada de los servicios sanitarios públicos.

La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica-teoría que se ha ido afinando por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la 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 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 y 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, estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico), mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.



Los reclamantes alegan que existió un error en el diagnóstico que derivó en un retraso injustificado de los tiempos de actuación; que dicho retraso originó la amputación de la extremidad inferior; y que de ello se han derivado graves daños morales para los reclamantes, puesto que el fallecido era su único hijo.

Pues bien, la Inspección Médica reconoce que “efectivamente se produjo un error de diagnóstico subsanado tres meses después. (...) Este error o retraso de diagnóstico provoca en consonancia un retraso en los tiempos de atención al proceso maligno, pues hasta que no se pone en evidencia que se trata de un sarcoma de partes blandas (de un neurofibroma malignizado) y no sólo de una neurofibromatosis no se adopta la postura terapéutica correspondiente”. No obstante, también afirma que la actuación clínica y terapéutica seguida hasta ese momento fue correcta, a la luz del diagnóstico inicial, pues la neurofibromatosis es un proceso benigno y sin riesgo vital para el paciente; y, aunque doloroso, no es grave. Afirmación esta que no viene sino a confirmar la trascendencia que tuvo el error de diagnóstico producido.

Sin embargo, dicho retraso en el diagnóstico adecuado no influyó sobre la necesidad o no de amputar la extremidad inferior. La Inspección Médica considera que “si el diagnóstico se hubiera adelantado, aunque previsiblemente la enfermedad ya estuviera extendida al pulmón, probablemente el mejor tratamiento hubiera seguido siendo la amputación de la EII”, que se habría producido con anterioridad, de haber llegado al diagnóstico correcto en la primera biopsia realizada.

Finalmente, la existencia de daños morales por los padecimientos no sólo de los padres sino también del fallecido durante su enfermedad, han de valorarse conjuntamente con los daños físicos, tal y como expresamente se recoge en la actualización de las cuantías fijadas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

En virtud de lo anterior, cabe apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debido a un error en el diagnóstico de un neurofibroma malignizado, que se produjo de forma tardía.

7ª.- Respecto al importe de la indemnización, la cantidad fijada en la propuesta de acuerdo convencional (60.000 euros) se estima adecuada, de



conformidad con los criterios que se exponen en el informe complementario a la propuesta de acuerdo convencional.

No obstante, debería suprimirse la frase “fijada a tanto alzado”, puesto que la cantidad deriva de la aplicación de los criterios citados, aun cuando no coincida exactamente con un resultado concreto.

8ª.- Por otra parte, debe indicarse que el presente dictamen se ha emitido en el plazo ordinario (un mes) previa su ampliación, conforme se prevé normativamente.

Si bien es cierto que la iniciación del procedimiento abreviado exige la emisión del dictamen en el plazo de diez días, dicha circunstancia ha de ser expresamente indicada en la solicitud de dictamen, a fin de que, en el momento de admitir a trámite la solicitud, se fije la fecha de deliberación y votación conforme a tal circunstancia. Y ello porque en el momento de admisión a trámite de la solicitud de dictamen, se analiza, no el contenido de los documentos sino la existencia de la documentación mínima prevista en el reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

9ª.- Finalmente, ha de señalarse que constando la expresa conformidad de la parte reclamante con la propuesta de la Administración, resulta procedente la formalización del acuerdo indemnizatorio a suscribir entre la parte interesada y el órgano administrativo competente.

Respecto el alcance y contenido del acuerdo indemnizatorio, interesa destacar que el preámbulo del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, manifiesta: “Obviamente, el acuerdo de terminación convencional no puede incluir, como tal acuerdo con un particular, ningún tipo de transacción sobre la existencia o no de relación de causalidad o de reconocimiento pactado de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, sino limitarse a la determinación de la cuantía y el modo”, previsión que ha sido observada al elaborarse aquél.



III CONCLUSIONES

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

Estimando que concurren los requisitos para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial, procede la terminación convencional en el expediente iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx y Dña. xxxxx1, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, ccccc, en el Hospital hhhhh de xxxxx.

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