



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 4 de junio de 2009, 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 20 de abril de 2009, 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.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 24 de abril de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 410/2009, 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, aprobado por 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 enero de 2007 Dña. xxxxx, nacida en el año 1962, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de las intervenciones quirúrgicas realizadas en su pie derecho desde febrero de 2003, en el Hospital hhhh1 de xxxx1 y en el Hospital



de xxxx2, y que le han causado secuelas determinantes de la incapacidad permanente total que padece.

Reclama por ello una indemnización de 201.199,12 euros (95.388,36 euros por las secuelas, 25.299,00 euros por los días de baja impeditiva y 80.511,76 euros por daños morales).

Acompaña a su reclamación una copia de un informe del Servicio de Traumatología del Hospital de xxxx2 (obrante en la historia clínica).

Segundo.- Obran en el expediente las historias clínicas de la reclamante remitidas por el Hospital hhhh1 de xxxx1 y por el Hospital de xxxx2 y un informe de la Inspección Médica fechado el 17 de agosto de 2007.

Tercero.- Consta en el expediente la interposición de un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación, su admisión a trámite por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y la recepción del expediente por dicho órgano el 26 de diciembre de 2007. Se desconoce el estado en el que se encuentra el proceso.

Cuarto.- Concedido el trámite de audiencia, no consta que se haya presentado escrito de alegaciones o documentación alguna.

Quinto.- Con fecha 10 de marzo de 2009 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Sexto.- El 18 de marzo de 2009 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden mencionada.

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 enero de 2007) hasta que se formula la propuesta de orden (10 de marzo de 2009). En particular, llama la atención la inexplicable tardanza -casi un año- en formular la propuesta de orden desde la finalización del trámite de audiencia. Estas circunstancias necesariamente han 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.

A este respecto, debe tenerse presente que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos; y que los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos. Ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 41.1 y 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.



3ª.- Concurren en la 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, ya que se presentó el 4 de enero de 2007, y la paciente ha seguido acudiendo, durante 2006, a consultas por los hechos reclamados.

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

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, es necesario valorar si la asistencia médica prestada a la reclamante, nacida en 1962, resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis ad hoc*.

Puede considerarse acreditado (y así se admite en el informe de la Inspección Médica y en la propuesta de orden) que la secuela que padece la interesada (neurinoma cicatricial) trae causa de las sucesivas intervenciones realizadas en la misma zona del pie derecho (30 de junio y 9 de septiembre de 2003) a consecuencia de una infección en la herida quirúrgica tras la primera cirugía practicada el 21 de febrero de 2003.

La Inspección Médica no contiene pronunciamiento alguno sobre la adecuación o no de la actuación sanitaria. La propuesta de orden afirma, sin embargo, que la asistencia médica fue correcta y asevera que la secuela que padece es consecuencia de una infección de la herida quirúrgica y que ésta es una complicación conocida y descrita para todo tipo de cirugía. Por ello señala que "la traducción de un riesgo típico de la intervención practicada en una



complicación postquirúrgica (...) ni implica una mala praxis ni una deficiencia en la asistencia sanitaria prestada, sino que es independiente de la aplicación de la técnica quirúrgica, y, por mucho que sea conocida y esté descrita en la literatura médica, su previsión y evitación no es posible con los conocimientos técnicos de los que se dispone en el momento de su producción, por lo que no es posible imputar la responsabilidad de los daños acaecidos al Servicio Públicos Sanitario de Castilla y León”.

Este Consejo Consultivo no comparte el criterio de la Administración consultante.

El hecho de que la infección sea un riesgo conocido de la cirugía e inevitable de manera absoluta, exige que los pacientes sean informados de ello. El artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconoce el derecho del paciente a recibir en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (apartado 5), así como la necesidad de obtener el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención (apartado 6), con las excepciones previstas legalmente.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de noviembre de 2004, ya recogida en supuestos semejantes por este Órgano Consultivo (así, Dictámenes 354/2005, de 4 de mayo; 602/2005, de 14 de julio; 372/2006, de 31 de agosto; o 902/2006, de 19 de octubre), en relación con dicho consentimiento señala que se halla “estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas”.

Aun cuando no es aplicable al presente caso por no encontrarse todavía en vigor en la fecha de la intervención (21 de febrero de 2003), la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica -y en nuestra Comunidad, la Ley 8/2003, de 8 de abril, de derechos y obligaciones en relación con la salud-, ha concretado los límites precisos del derecho a la información del paciente (y la correlativa obligación por parte de la Administración Sanitaria), acentuándose la necesidad de su constancia por escrito.



Las Sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de febrero y 19 de junio de 2008 señalan lo siguiente:

“Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

»El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica --no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión--, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

»Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la



justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”.

Pues bien, la Administración no ha acreditado que la paciente fuera informada del procedimiento y de los riesgos de la cirugía a la que se sometió el 21 de febrero de 2003 (cuya herida quirúrgica se infectó y motivó la reintervención de la zona) y en el expediente no consta documento de consentimiento informado u otro documento que acredite este extremo.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de 23 de febrero de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008) que “el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis* y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario”. Pero también que “aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis *ad hoc*, no es lo menos que tal mala praxis no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002, que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad” (Sentencia de 26 de febrero de 2004).

En este caso, el daño vendría determinado por las secuelas derivadas de la necesidad de reintervenir la zona a consecuencia de la infección de la herida quirúrgica por la mala evolución de la intervención quirúrgica. En este sentido concluye la Inspección Médica que “esta infección parece que pudo contribuir a la necesidad de reintervención de la paciente en dos ocasiones al mismo nivel que la cirugía previa. (...) Como consecuencia de esta repetición de cirugía en la misma zona, y siempre teniendo en cuenta una mayor o menor susceptibilidad individual, se desarrolló a nivel de la zona quirúrgica un proceso fibrótico que puede considerarse el causante de las secuelas posteriores, neuroma cicatricial, sufridas por la paciente (...)”.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización, habida cuenta de que los informes médicos obrantes en la historia clínica no aportan los datos precisos para una valoración de las secuelas y de los días de baja impeditivos, este



Consejo considera prudente remitir la fijación del *quantum* indemnizatorio a un posterior expediente contradictorio, en el que se dé audiencia a la reclamante.

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.

No se estima sin embargo indemnizable el daño moral alegado, puesto que, más allá de su alegación en abstracto, la reclamante no ha aportado ningún elemento de prueba que permita apreciar la realidad de tales perjuicios.

Por ello, la estimación ha de ser parcial.

7ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores y constando que la interesada 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 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, ha de ponerse 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 la interesada 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 la interesada acudiera a la vía judicial, también lo es que los argumentos en que se fundamenta la desestimación es posible que le hubieran hecho desistir de esta opción.

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 cuerpo del presente dictamen, 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.

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