



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, 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 19 de junio de 2008, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx, D. xxxxx1, Dña. xxxxx2, D. xxxxx3 y Don xxxxx4*, 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 mayo de 2008, 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, D. xxxxx1, Dña. xxxxx2, D. xxxxx3 y Don xxxxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. mmmmm, en el Hospital hhhhh de xxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 27 de mayo de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 450/2008, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del 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 el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- D. xxxxx, D. xxxxx1, Dña. xxxxx2, D. xxxxx3, y D. xxxxx4, presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial en la Gerencia de Salud de Área de xxxxx, el 6 de junio de 2006, solicitando una indemnización



de daños y perjuicios por la defectuosa asistencia sanitaria recibida por su madre.

Dña. mmmmm, contando con 75 años de edad, sufrió el 3 de octubre de 2004 una pérdida de conocimiento, ingresando en el Hospital hhhhh de xxxxx con el diagnóstico de "sincope de etiología neuromédiada".

A consecuencia de las pruebas practicadas, se le observa un nódulo pulmonar en el lóbulo inferior derecho, remitiéndola para la futura realización de un TAC a su Médico de Atención Primaria, que la derivaría al especialista si fuera procedente.

El TAC de tórax se realiza el 22 de noviembre de 2004, con el diagnóstico de nódulo pulmonar solidario en lóbulo inferior del pulmón derecho, sospechoso de neoplasia pulmonar (carcinoma broncogénico). La parte reclamante señala que la paciente nunca recibió el resultado de sus pruebas; "al parecer estuvo 'perdido' durante cinco meses en el Servicio de Cardiología del Hospital, sin avisar al paciente ni a la familia de la gravedad del resultado".

Posteriormente, Dña. mmmmm ingresa en el Servicio de Urgencias del Hospital hhhhh, el 7 de abril de 2005, debido al progresivo deterioro de su salud, acompañado de tos seca y pérdida de peso. El nódulo pulmonar ha incrementado su tamaño, ha pasado de considerarse un carcinoma estadio I a estadio III, produciendo la obstrucción del lóbulo medio e inferior derecho del pulmón, es atendida en la consulta de oncología para la aplicación de quimioterapia.

La paciente, a petición de la familia, solicita la vuelta a su domicilio, siendo atendida por un equipo de paliativos, falleciendo el 20 de junio de 2005.

Se cuantifica la cantidad solicitada como indemnización en 42.701,50 euros.

Adjunta a la reclamación fotocopia del libro de familia, documentos nacionales de identidad de los reclamantes y diversos informes médicos.

Segundo.- Al expediente se incorpora la historia clínica de la paciente, así como diversos informes clínicos, entre los que destacan:



- El del Jefe de la Sección de Cardiología del Hospital hhhhh de xxxxx, fechado el 16 de octubre de 2006, sobre el tratamiento realizado. En el mismo se señala que "la paciente no fue citada para comunicarle el resultado de la prueba realizada" (se refiere al primer TAC de tórax).

- El de la Inspección Médica, fechado el 10 de noviembre de 2006, en el que se concluye: "Se ha producido una deficiente atención y asistencia médica, al no comunicar a la paciente un resultado de vital importancia.

»El retraso en el diagnóstico del proceso, conlleva un cambio en la actitud terapéutica. El tratamiento a realizar en un carcinoma broncogénico estadio I, difiere notablemente del tratamiento en un carcinoma estadio III, con lo que el pronóstico puede variar considerablemente".

Tercero.- EL 28 de mayo de 2007 se notifica a la Administración la interposición de un recurso ante la Sala del lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de xxxxx -Procedimiento Ordinario 777/2007- y se solicita el expediente administrativo.

Cuarto.- El Director General de Desarrollo Sanitario de la Gerencia Regional de Salud realiza, el 29 de febrero de 2008, una propuesta de acuerdo indemnizatorio y terminación convencional, mediante el pago de 37.500 euros, con suspensión del procedimiento. Este documento también está firmado por D. yyyyy, en nombre y representación de los reclamantes.

Quinto.- El 17 de abril de 2008 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de acuerdo indemnizatorio.

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.

3ª.- Concurren en la parte interesada los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por 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, 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, 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 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 formulada por D. xxxxx, D. xxxxx1, Dña. xxxxx2, D. xxxxx3, y D. xxxxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. mmmmm.

La parte interesada ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La cuestión fundamental de éste procedimiento se centra en determinar si los daños sufridos por la reclamante, como consecuencia de la intervención y el tratamiento que le fue dispensado, tienen carácter antijurídico, haciendo surgir, junto a los demás presupuestos, la obligación de reparar de la Administración.

En este sentido ha de señalarse que la teoría de la *lex artis* constituye desde hace años un límite preciso de la objetiva responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, teoría que 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, 3.657/2002 y 3.623/2003).

Esta teoría parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios -debe recordarse 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.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis*, 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.

En el supuesto analizado, Dña. mmmmm tuvo un retraso injustificado en su tratamiento, lo que provocó que se agravara sensiblemente su estado de salud, con pérdida de oportunidades médicas.

6ª.- Por lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria procedente, se da en el caso que nos ocupa un supuesto de terminación convencional, admitida expresamente en el artículo 8 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, que establece que "en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. Si el interesado manifiesta su conformidad con los términos de



la propuesta de acuerdo, se seguirán los trámites previstos en los artículos 12 y 13 de este Reglamento”.

También se refieren a la terminación convencional los artículos 11.2 y 13.1 del mismo Reglamento. El conjunto de estos preceptos exige los siguientes trámites:

- Propuesta de arreglo que podrá hacer el instructor durante el procedimiento hasta que finalice el plazo del trámite de audiencia. En ella fijará los términos definitivos del acuerdo indemnizatorio a suscribir.

- Dictamen del Consejo de Estado o del Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, según el régimen general.

- Cuando el instructor estime procedente la terminación convencional, propondrá su aceptación al órgano competente para decidir, en el plazo señalado para formular la propuesta de resolución.

En el caso examinado, concurren todos los requisitos legales exigidos para la terminación convencional del procedimiento de responsabilidad patrimonial, cifrándose en 37.500 euros la cantidad que debe percibir la reclamante.

Todo ello sin perjuicio de que el importe de la indemnización se actualice 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.

7ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y constando que la parte 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 debe ponerse en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia la terminación convencional del procedimiento.

8ª.- Conviene por último hacer un reproche al presente procedimiento por la falta de motivación -y por ello de contenido jurídico - de algunos de sus actos, defecto repetido en otros casos de terminación convencional. Aunque los diversos informes obrantes en el expediente son claros, la procedencia del acuerdo y los criterios determinantes de la cuantía de la indemnización, deben



estar mínimamente motivados, aunque sea por remisión al informe de la Inspección Médica, dado que no se trata de un acto de liberalidad de la Administración. Por ello, en aras de una mínima seguridad jurídica, la resolución definitiva que ponga fin al procedimiento deberá ser motivada y concluyente.

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 de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx, D. xxxxx1, Dña. xxxxx2, D. xxxxx3 y Don xxxxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. mmmmm, en el Hospital hhhhh de xxxxx.

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