



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de diciembre de 2012, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. xxxx, Dña. xxxx1, Dña. xxxx2, D. xxxx3, D. xxxx4 y D. xxxx5*, 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 5 de diciembre de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx, Dña. xxxx1, D. xxxx3, Dña. xxxx6, D. xxxx7, D. xxxx8, Dña. xxxx9, D. xxxx4 y D. xxxx5, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, ya fallecida, Dña. xxxx10, en el Hospital hhhh de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de diciembre de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 886/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.



Primero.- El 18 de enero de 2011 D. xxxx, Dña. xxxx1, D. xxxx3, Dña. xxxx6, D. xxxx7, D. xxxx8, Dña. xxxx9, D. xxxx4 y D. xxxx5 presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido al fallecimiento de su madre, Dña. xxxx10, el 19 de enero de 2010 en el Hospital hhhh de xxxx1.

En su escrito exponen que la paciente, de 85 años de edad, acudió el día 6 de enero de 2010 al Servicio de Urgencias del Hospital hhhh de xxxx1, remitida por su centro de diálisis, al presentar un cuadro febril con sospechas de infección de Favi y referir dolor en el costado izquierdo de varios días de evolución. Se le diagnosticó de neumonía basal izquierda, cuadro febril posible secundario a neumonía y sobredosificación de Sintrom. Como consecuencia de ello es ingresada en el Hospital. La paciente sufría un derrame pleural izquierdo que fue agravándose hasta hacerse masivo en las primeras horas de su ingreso y que evolucionó durante los días siguientes, sin que el Hospital pusiera los medios adecuados para su solución. El 19 de enero de 2010 la paciente fallece por parada respiratoria.

Consideran que ha existido negligencia al no haberse adoptado las medidas y prevenciones necesarias para evitar el daño, ya que no se practicó el drenaje urgente que necesitaba su madre durante todo el tiempo que permaneció ingresada, así como tampoco se cumplió con la normativa del consentimiento informado puesto que algunas actuaciones se llevaron a cabo con un consentimiento sin firmar por la paciente o alguno de sus familiares. Solicitan una indemnización de 74.854,03 euros.

Adjuntan copias de informes médicos, de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia, del Libro de Familia y del certificado de defunción.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informes del Jefe del Servicio de Medicina Interna del Hospital hhhh de xxxx1 de 23 de mayo de 2011, del Jefe del Servicio de Neumología del citado Hospital de 17 de mayo de 2011 y de la médico adjunta del Servicio de Neumología y responsable de la Unidad de Técnicas Neumológicas.

Obra igualmente el informe de la Inspección Médica de 5 de agosto de 2011 que concluye: "Dña. (...) padecía en el momento de ingresar en el Hospital hhhh de xxxx1 una patología previa que le predisponía a padecer complicaciones de su proceso neumónico. La aparición de derrame pleural



paraneumónico complicado, exigía la implantación precoz de un tubo de drenaje adecuado para evacuar el contenido anormal de la cavidad pleural con el objetivo de conseguir una buena reexpansión pulmonar y el correcto funcionamiento respiratorio, indicación en la que coincidían los Servicios de Nefrología, Medicina Interna, Neumología y Cuidados Intensivos. No se solicitó la participación de Cirugía Torácica.

»La realización de la técnica se demoró nueve días, sin que de la documentación ni de los informes solicitados se pueda deducir justificación clínica para ello, por lo que cabría atribuirlo a razones funcionales y organizativas.

»Esta actitud influyó negativamente en la evolución del cuadro clínico, sin que se pueda afirmar taxativamente, dada la patología concomitante de la enferma, que de haber implantado el drenaje en la primera fecha prevista el desenlace hubiera sido diferente.

»El tratamiento analgésico fue adaptado desde el momento de su ingreso en el hospital a la situación clínica de la enferma, y se mantuvo hasta su fallecimiento, sin poder entrar a valorar si en los últimos días se hubiese hecho necesario un reajuste.

»En el procedimiento de obtención del consentimiento para la realización de las diferentes técnicas, no siempre se siguieron los criterios marcados por la normativa vigente”, dictamen médico elaborado a instancias de la compañía aseguradora de 19 de enero de 2012 en el que se expone que “la paciente falleció como consecuencia de las complicaciones asociadas a una neumonía de la comunidad.

»Consideramos que el retraso en la recolocación del tubo de drenaje no influyó de forma significativa en la evolución del proceso”, e informe emitido el 21 de marzo de 2012 por los médicos adjuntos del Servicio de Neumología en el que se explica que el colocar un supuesto drenaje pleural de calibre grueso no influye, según evidencia clínica, en la supervivencia ni en la evolución de proceso neumónico, en una paciente con pluripatología.

Tercero.- Consta en el expediente documentación acreditativa de haberse interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación



presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de xxxx1.

Cuarto.- Asimismo obra en el expediente escrito de 25 de abril de 2012 del Jefe del Servicio de Inspección, en el que comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia, el 25 de mayo la parte interesada presenta alegaciones en las que se ratifica en lo expuesto en su reclamación inicial.

Sexto.- El 17 de septiembre se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Séptimo.- El 13 de noviembre de 2012 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 Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.f) del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la 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 (18 de enero de 2011) hasta que se formula la propuesta de orden (17 de septiembre de 2012). 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 los reclamantes, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en los reclamantes 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. Consta que se presentó el 18 de enero de 2011, es decir, antes de transcurrir un año desde que se produjo el fallecimiento, que tuvo lugar el 19 de enero de 2010.

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 aquél 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.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 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, procede analizar si la asistencia sanitaria recibida por la paciente fue acorde a la *lex artis* y si las actuaciones médicas se llevaron a cabo atendiendo a la patología que presentaba.

Los reclamantes solicitan que se les indemnice por el fallecimiento de su madre ya que aducen que hubo un retraso en la colocación del drenaje urgente que precisaba, en sustitución del previamente colocado que era más fino y no cumplía su función, por lo que habrá que valorar si la asistencia prestada a la interesada fue suficiente y resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis*, y si las omisiones producidas condicionaron el resultado final, lo que comporta el análisis de una pérdida de oportunidad.



Así mismo alegan que no se cumplió con la normativa aplicable al consentimiento informado, puesto que el consentimiento para la toraconcentesis suscrito el 8 de enero de 2010, que se practicó de manera urgente el 9 de enero, está firmado por la doctora pero no por un familiar de la paciente a pesar de que éstos se encontraban presentes en el Hospital y a disposición del personal médico y de enfermería. Respecto del consentimiento para la prueba del scanner del día 14 de enero, éste se firmó por la paciente pero en ese momento no se hallaba en condiciones para prestarlo por lo que debía haberlo firmado cualquiera de sus hijos presentes. Así mismo cuando el día 17 de enero se procede a cambiar el drenaje torácico se empleó el consentimiento firmado por un familiar para una prueba prevista para el día 11 de enero.

A la vista de lo expuesto se analizará en primer lugar la asistencia sanitaria recibida por la paciente y posteriormente los posibles defectos del consentimiento informado.

En relación con la primera de las cuestiones, se considera que la asistencia que recibió en el Servicio de Urgencias cuando acudió el 6 de enero de 2010 fue adecuada y tras realizarle las pruebas precisas se le diagnosticó neumonía basal izquierda, cuadro febril posible secundario a neumonía y sobredosificación de Sintrom, por lo que se decidió su ingreso inmediato. La paciente sufrió un derrame pleural izquierdo que se fue intensificando, por lo que se pautó la realización de una toraconcentesis, que se pospuso por la situación clínica de la paciente, al presentar una sobredosis de anticoagulación por lo que se prefirió esperar a la normalización de los indicadores de coagulación. Esta actuación es acorde con las recomendaciones existentes al respecto, que consideran la anticoagulación sistémica como uno de los criterios de contraindicación relativa de la toracocentesis.

El día 9 se practica la toraconcentesis con carácter de urgencia y al comprobar que del tubo de drenaje salía líquido se decidió cambiar el tubo por otro más grueso, cuyo cambio tiene lugar el día 18 de enero. El hecho de que se demorara el cambio de tubo, a pesar de que se venía comprobando la mala evolución de la enferma, no se debe a razones clínicas sino a razones funcionales u organizativas. Así, se refiere al cambio de tubo cuando se realice un TAC el 15 de enero, tras el cual se iba a proceder a su cambio, si bien por problemas con otro paciente anterior éste no se realizó; posteriormente se refieren al estado agitado de la paciente.



El informe de la Inspección Médica de 5 de agosto de 2012 señala que diversos tratados médicos consideran la neumonía como una enfermedad de aparición más frecuente en personas de edad avanzada, en las que conlleva una mayor morbimortalidad que en la población joven que llega a alcanzar una mortalidad entre un 21 y un 54%. La mortalidad, en estos casos se encuentra asociada a la edad pero en mayor medida a la patología concomitante.

En el presente caso la edad de la paciente y la patología previa que presentaba (insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis, cardiopatía hipertensiva causante de múltiples ingresos, fibrosis válvula aórtica, hipertensión pulmonar grave, implantación de marcapasos definitivo, fibrilación auricular crónica, síndrome de bradicardia/taquicardia, broncopatía condicionante de insuficiencia respiratoria) junto con los datos derivados de las exploraciones realizadas (hipotensión, hipoxia, leucocitosis, taquipnea, bacterinemia, etc.) hacían posible una evolución tórpida según las diferentes escalas pronósticas de gravedad de los pacientes con neumonía.

Concluye que la tardanza en el cambio de tubo de drenaje influyó negativamente en el cuadro clínico que presentaba la paciente pero que dada la patología concomitante que presentaba la enferma, no puede asegurarse que de haberse implantado el drenaje en la primera fecha prevista, el desenlace hubiera sido diferente.

El dictamen médico elaborado a instancia de la compañía aseguradora ssss expone que la tasa de mortalidad asociada a una neumonía de la comunidad en una enferma con los factores de riesgo que presentaba es muy elevada, entre un 40 y 50%. Asimismo indica que el tratamiento analgésico recibido por la paciente fue adecuado y que la recolocación del tubo de drenaje no influyó de forma significativa en la evolución del proceso.

Debe destacarse que la doctrina de la pérdida de oportunidad se refiere a supuestos en que hay una concausa en la producción del desenlace final. Junto a la enfermedad hay una acción u omisión sanitaria que disminuye las posibilidades de curación, sin que pueda saberse con certeza si dichas posibilidades se habrían o no materializado, en el caso de prestarse adecuadamente el servicio sanitario.



En los informes anteriormente referidos se pone de manifiesto que la asistencia recibida fue ajustada a la *lex artis*, y que no hubo ninguna actuación médica que supusiera un factor concurrente para el desenlace final de la madre de los reclamantes, sino que éste fue debido a la evolución tórpida de su proceso, por lo que no se puede hablar de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el fallecimiento de la paciente.

Al respecto cabe señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2001 que mantiene que "Se puede deducir, en conclusión y conforme a lo razonado en la Sentencia de instancia, que las lesiones aquí cuestionadas no tienen su origen en la forma en que se prestó la asistencia sanitaria, siendo, en cierto modo, inherentes y derivadas de la propia patología del enfermo. No existiendo, en consecuencia, la relación de causalidad directa e inmediata que se pretende. Debe recordarse a este respecto que ya la Ley 30/92, en su primitiva redacción señalaba en el art. 141.1 que «solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

En segundo lugar procede analizar las deficiencias de los consentimientos informados alegadas por los recurrentes.

Existe un consentimiento para la toraconcentesis suscrito el día 8 de enero de 2010 que está firmado por la doctora pero no por un familiar de la paciente, a pesar de que éstos se encontraban presentes en el Hospital y a disposición del personal médico y de enfermería. Respecto del consentimiento para la prueba del *scanner* del día 14 de enero, éste se firmó por la paciente, pero en ese momento no se hallaba en condiciones para prestarlo, por lo que debía haber sido firmado por cualquiera de sus hijos presentes. Así mismo, cuando el día 17 de enero se procede a cambiar el drenaje torácico se empleó el consentimiento firmado por un familiar para una prueba prevista para el día 11 de enero.

El artículo 3 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, define el consentimiento informado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud".



Respecto a la falta de firma del consentimiento la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 contiene un repaso de la doctrina sobre esta cuestión, de la que pueden extraerse las siguientes conclusiones: "(1) el consentimiento informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, de suerte que el defecto del consentimiento informado es considerado por la jurisprudencia como incumplimiento de la *lex artis* en cuanto constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario; la falta del consentimiento constituye por sí un supuesto de antijuridicidad; (2) sin embargo, no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad pues se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo. En el supuesto de intervención enteramente satisfactoria para el paciente e inexistencia de daño físico, difícilmente puede entenderse que se origine una reclamación, pero caso de producirse estaría condenada al fracaso. Supuesto distinto al anterior es aquel en el que no obstante ajustarse la intervención de manera absoluta a la *lex artis*, el paciente sufre una secuela previsible; en estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento, y ello aún cuando se trate de complicaciones propias de las intervenciones quirúrgicas no imputables a una actuación médica incorrecta, salvo en aquellos supuestos de actuaciones médicas conformes con la *lex artis* en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico, imprevisible o fuerza mayor, supuesto en el que la jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, al considerar que el consentimiento y la información que la precede debe ajustarse a estándares de razonabilidad y, por tanto, no cabe desde esa premisa exigir una información que abarque hipótesis que se alejan del acto médico; (3) a falta del documento relativo a su prestación, incumbe a la Administración por inversión en la carga de la prueba la acreditación sobre el cumplimiento de las formalidades que exige el consentimiento informado, que comprenden, entre otros aspectos, no sólo los riesgos inherentes a la intervención sino también los posibles tratamientos alternativos; y (4) supuesto que la producción del daño colateral, inherente al riesgo normal de la intervención, no pueda imputarse al mal arte del facultativo, respecto de las consecuencias jurídicas de tal carencia en el consentimiento informado lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, debiendo ponderarse sólo el monto de una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y de las posibilidades que, en otro caso, se tenía".



En el presente caso, en el informe de la Inspección Médica queda constancia de defectos en el procedimiento para la obtención del consentimiento informado. No consta debidamente firmado el documento de consentimiento informado para la práctica de la toraconcentesis, que figura en la historia clínica; lo cual, como ya se ha señalado, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, supone en principio un incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. No obstante, según el propio Tribunal, ha de recordarse que tal mala *praxis* no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño antijurídico alguno para el paciente, ya que si no se produce éste, la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad.

Respecto a la necesidad de firma del consentimiento por los familiares del paciente hay que hacer referencia al artículo 5.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que dispone que el titular del derecho a la información es el paciente, debiendo ser también informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Por otra parte, en su apartado 3 señala "Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho".

A este respecto ha de recordarse la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 2 de noviembre de 2007, según la cual: "Como señala la Sentencia de 20 de abril de 2005, con referencia a la de 4 de abril de 2000, "toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones Públicas Sanitarias, y entre otros aspectos, derecho a que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados información completa y continuada verbal o escrita sobre el proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad vigente en el momento de la realización de la prueba, así como a la libre elección entre las opciones que le presenta el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, de conformidad con lo que dispone el apartado 6 de dicho precepto excepto, entre otros casos que ahora no interesan, cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo supuesto, el derecho corresponderá



a sus familiares o personas a él allegadas; y, finalmente, a que quede constancia por escrito de todo su proceso”.

A la hora de determinar los efectos de la firma del consentimiento informado por los familiares del paciente en aquellos casos en que éste no pueda firmar debido a la carencia de capacidad para entender la información, ha de señalarse que dicha carencia no se limita únicamente a una incapacidad física o psíquica sino a la imposibilidad de entender en ese momento el alcance de la información por el nerviosismo, patología o malestar que presenta el paciente así como por la urgencia de la intervención o tratamiento a realizar cuando es determinante para la vida de éste. En estos casos no se considera que el consentimiento informado firmado por un familiar no sea válido.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta las actuaciones obrantes en el expediente, queda debidamente acreditado que el consentimiento de 8 de enero de 2010 carecía de la firma de la paciente y que ésta, debido a su situación, no tenía capacidad para firmar consentimientos, que fueron firmados posteriormente por sus hijos, como los correspondientes a las pruebas de los días 11 y 13 de enero para la implantación de un tubo de tórax permanente y broncoscopia.

Por todo ello, este Consejo Consultivo considera que, si bien el hecho de colocar el drenaje más grueso en la fecha prevista no hubiera supuesto un factor que evitara la producción del desenlace final, lo cierto es que se produjeron unas actuaciones que si en sí mismas no son antijurídicas pues, como se ha expuesto, no se produjo una pérdida de oportunidad y los riesgos de las pruebas sanitarias a las que había sido sometida la madre del interesado se habían puesto en conocimiento de éstos; circunstancias que constituyen una serie de irregularidades indemnizables como daño moral, puesto que crearon una angustia e intranquilidad innecesaria tanto a la paciente como a sus familiares.

La jurisprudencia viene exigiendo que los daños morales, cuando concurren y se soliciten, deben valorarse de forma suficientemente motivada y justificada, sobre la base de las pruebas en las que se funde la existencia misma del daño moral, y, aunque la existencia del daño moral pueda no admitir o exigir prueba, sí lo admiten y debe exigirse la prueba de los hechos y circunstancias en que se basa la existencia del daño moral. En este sentido cabe citar las STS de 16 de enero de 2003, recaída en el recurso núm.



7508/1998, y de 10 de diciembre de 2002, recaída en el recurso núm. 3865/2001.

En el presente caso quedan debidamente acreditados las circunstancias que justifican la existencia de un daño moral, puesto que la demora en la implantación del drenaje, aunque no influyera en el resultado final, queda debidamente constatada en el expediente así como la falta de la firma de la paciente en el consentimiento informado de 8 de enero de 2010 para la práctica de la toracocentesis.

Respecto a la cuantía del daño moral ésta se determina a tanto alzado atendiendo a los criterios de baremación en accidentes de circulación para el año 2010, fecha del fallecimiento. La indemnización a favor de los hijos se cifra en un importe del 10% de la cantidad reclamada, lo que supone 7.485,40 euros puesto que no es el fallecimiento el daño indemnizable, sino el daño moral producido como consecuencia de las irregularidades en la obtención del consentimiento informado que figura en la historia clínica y a la posible implantación más temprana del drenaje; aunque, como ya se ha manifestado y dada la patología que presentaba la paciente, no puede afirmarse taxativamente que ello hubiera supuesto un desenlace diferente.

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.

6ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar que la parte 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 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 otra parte, se considera conveniente que se comunique al órgano jurisdiccional que juzgue el asunto la resolución por la que se estima parcialmente la reclamación del interesado y, en su caso, su conformidad al respecto, a los efectos oportunos.



Por último, este Consejo se ve igualmente en la obligación de poner de manifiesto que la demora injustificada en resolver el presente procedimiento 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:

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 7.485,40 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx, Dña. xxxx1, D. xxxx3, Dña. xxxx6, D. xxxx7, D. xxxx8, Dña. xxxx9, D. xxxx4 y D. xxxx5, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, ya fallecida, Dña. xxxx10, en el Hospital hhhh de xxxx1.

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