



**Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **85/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 25 de marzo de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excma. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 9 de septiembre de 2013, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **307/13**), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 20 de mayo de 2008, la Subdirección General de Atención al Ciudadano, Coordinación Institucional e Inspección Sanitaria de la Consejería de Sanidad y Política Social remite al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud (SMS) escrito de reclamación fechado el 6 de mayo y presentado ante dicho órgano por x.

Relata el interesado que el año 2003, su padre, x, ingresó de urgencias en el Hospital Universitario "Santa María del Rosell", de Cartagena, al sufrir un infarto, siendo trasladado a la UCI de dicho centro sanitario. Posteriormente, se le remitió al Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca", de Murcia, para practicarle una coronariografía, tras la que se emitió su alta médica con el juicio crítico de: "infarto agudo de miocardio sin onda Q, de localización indeterminada, complicada con Insuficiencia Cardiaca, AACTP con Stent sobre Dap, MOI y DM2, (lesión no revascularizada en rama posterolateral de pequeño calibre en ACD), Insuficiencia Renal Aguda Obstructiva, secundaria a prostatismo, Diabetes Mellitus tipo 2".

El 20 de octubre de 2003 volvió de nuevo a ingresar en el Servicio de Urgencias del referido Hospital, a fin de someterlo a un cateterismo, al haber sufrido una pequeña angina de pecho. El informe de alta contenía el siguiente juicio diagnóstico: "Cardiopatía Isquémica Crónica estable. Angina estabilizada. Enfermedad severa de 2 vasos, Reestenosis intraStent de DA proximal, enfermedad severa multisegmento en Cx, Angioplastia con Stent recubierto en OA y Cx, (Multisegmentos)".

El 24 de julio de 2006, tras tres años padeciendo de la próstata, y previo el correspondiente estudio preoperatorio (Analítica, RX, Ecografía) se le practica "Resección Transuretral de Próstata" (RTU), recibiendo el alta el 31 de julio, con el juicio crítico principal de "Hiperplasia Prostática", y el secundario de "Hipertensión Arterial, Diabetes e Insuficiencia Coronaria".

En abril de 2007 se le realiza un estudio urodinámico, para descartar una "Vejiga Hipo-activa". Posteriormente, el 9 de noviembre de 2007 fue visto por el mismo facultativo que le intervino, quien al no haber dado resultado la prueba urodinámica, le prescribió tratamiento con "Casodex" a fin de agrandar la próstata; también le prescribió una analítica y le recomendó nueva revisión de radiodiagnóstico, el 17 de enero de 2008, así como consulta médica, el 25 de enero de 2008.

A la vista de que el paciente no mejoraba, pese a los cuatro años de consultas y tratamiento, así como de haberse sometido a una intervención quirúrgica y que su situación, por el contrario, empeoraba (aumento del dolor, pérdida de peso, etc...), decidieron acudir al Hospital Internacional "--", de Alicante, a fin de obtener una segunda opinión de otro Servicio de Urología. Allí se le prescriben las pruebas precisas a fin de confirmar si se le debía intervenir de la próstata, (Analítica, Ecografía) y se le retira el fármaco "Casodex", por considerarlo un quimioterápico para el cáncer de próstata que el paciente no padecía, según la ecografía realizada el mismo día.

No obstante, a la vista de la sintomatología del enfermo, (cansancio, pérdida de peso, etc.), se le realizó un estudio más completo y, el 11 de enero de 2008, se le interviene con éxito de "hiperplasia de próstata".

Como consecuencia del estudio diagnóstico realizado se evidenció la existencia de un nódulo pulmonar. Tras someterse a una TAC el 16 de enero se diagnostica como "Adenocarcinoma de Pulmón", en estado avanzado. A la vista de su estado, la clínica privada recomienda al paciente que acuda al Hospital Universitario "Santa María del Rosell", para ser allí asistido de su grave enfermedad. Sin embargo, ese mismo día, durante el trayecto en coche desde Alicante a Cartagena, el paciente fallece, siendo infructuosos los intentos de reanimación efectuados por el Servicio de Urgencias del Rosell.

Considera el reclamante que hubo negligencia en la asistencia dispensada a su padre por parte del Servicio Público Sanitario, al no haber diagnosticado, durante los dos últimos años, que el paciente tenía un adenocarcinoma de pulmón, pese a haberlo intervenido quirúrgicamente de una hiperplasia prostática, para la que se le realizó el correspondiente preoperatorio, (Analíticas, RX de Tórax, Ecografía). Así mismo, reclama por la incompetencia del Servicio de Urología, que no resolvió la referida hiperplasia, que padecía desde el año 2003, pese a las continuas consultas que realizó, lo que le llevó a acudir a la medicina privada.

Solicita ser indemnizado en la cantidad que corresponda, más 4.325,40 euros, importe a que ascienden los gastos habidos en la sanidad privada.

Junto a la reclamación se adjunta diversa documentación clínica, copia de las facturas expedidas por la clínica privada de Alicante, copia del certificado de defunción del paciente, información sobre el medicamento "Casodex" y copia del Libro de Familia, acreditativo del parentesco entre paciente y reclamante.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS de 26 de junio de 2008, se ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del indicado Ente Público Sanitario, que procede a trasladar al interesado la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), al tiempo que se le solicita autorización para recabar de la clínica privada en la que se atendió al paciente copia de la historia clínica, o bien que sea el propio interesado quien la aporte al procedimiento.

Así mismo, se da traslado de la reclamación a la Dirección de los Servicios Jurídicos, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la aseguradora del SMS, al tiempo que se recaba del Hospital "Santa María del Rosell" copia de la historia clínica del paciente e informe de los facultativos que le prestaron asistencia.

**TERCERO.-** Remitida la documentación solicitada al Hospital, constan sendos informes del Jefe de Servicio de Urología, que se expresan como sigue:

1. Informe de 7 de marzo de 2008:

"Relato cronológico de la relación de este enfermo con el Servicio de Urología:

*11 de junio de 2003: Visto por primera vez con informe de Medicina Interna donde estuvo ingresado el 21 de marzo de 2003 por infarto agudo de miocardio, insuficiencia renal aguda obstructiva, Diabetes Mellitus tipo II, tabaquismo, alergia a penicilina, síndrome ansioso depresivo. Retención aguda de orina de dos litros con sonda permanente. Tacto rectal: próstata + nódulos. Ecografía: riñones con quistes corticales simples. Vejiga sin lesiones. Próstata de 28 gramos. PSA: 7,15. Creatinina 1,5. Aporta informe de Cardiología: "no contraindicación para cirugía aunque se aconseja esperar tres meses". Se hace propuesta para intervención de RTU. El enfermo no vuelve por consulta.*

*17 de agosto de 2004: Se presenta en la consulta de Urología de Cupo, presentando el mismo cuadro clínico, diciendo que desea operarse. Se le vuelve a remitir a consulta externa de Urología del Rosell.*

*28 de octubre de 2004: Visto en consultas externas y al plantearse la intervención, el enfermo dice que no quiere operarse y prefiere hacer intento de retirada de sonda. Se retira la sonda.*

*28 de diciembre de 2004: Nueva retención urinaria, sonda vesical.*

*5 de noviembre de 2005: Vuelve otra vez el enfermo, sigue con sonda. Quiere hacer nuevo intento de retirada. Se da informe al Médico de Cabecera para retirar sonda, previo tratamiento con alfa-bloqueantes, fitoterapia y antibiótico.*

*30 de enero de 2006: Vuelve a consultar relatando nueva retención de orina, el 21 de noviembre de 2005, portador de sonda vesical. Ecografía: quiste renales simples, próstata de 40 cc. Se le vuelve a proponer resección transuretral que el enfermo rechaza. Desea volver a hacer prueba de retirada de sonda. Se añade Proscar a su medicación habitual, (Tromalyt, Tepazepam, Enconcor, Urolósín, Zarator, Sutril, Diamben, Tebetane y Plavix). Se le da documento de Consentimiento Informado de la intervención y nueva cita en cuatro meses ante el previsible fracaso de retirada de sonda.*

*5 de junio de 2006: Vuelve con sonda permanente por nueva RAO. Después de muchas reticencias del enfermo ante la posible intervención se programa la misma para el 25 de julio de 2006. Informe de preanestesia: ASA III. Tórax: "signos de EPOC".*

*25 de julio de 2006: RTU de próstata: resección completa de lóbulo izquierdo y parcial del derecho ante la necesidad de no prolongar el acto quirúrgico por la multipatolog a del enfermo. Informe de Anatomía Patológica: hiperplasia nodular y focos de inflamación crónica moderada. Alta el 31 de julio de 2006.*

*6 de septiembre de 2006: Visto en consulta. Est  bien. Micciones espontáneas normales, salvo polaquiuria diurna.*

*18 de diciembre de 2006: Refiere urgencia miccional e incontinencia. Ecografia: hidronefrosis bilateral. Próstata de 25 cc. No hay medición de residuo. Ante la sospecha de micción por rebosamiento se propone calibrar uretra y medir residuo por sondaje a lo que se niega el enfermo y la hija tras infructuosos intentos de convencimiento.*

*22 de enero de 2007: El enfermo sigue igual, Informe de Ecografia de 28 de diciembre de 2006: "hidronefrosis bilateral. Vejiga a media repleción. El enfermo no aguanta más y nos dice que se marcha". Se pauta Urolosin y se pide urografía intravenosa.*

*13 de junio de 2007: No se ha hecho la urografía. El hijo del enfermo escribe en el formulario de petición de urografía lo siguiente: "como no ha tomado la medicación de la prueba y hay riesgos necesito aclarar algunos puntos y no quiero que se le realice. Gracias". El enfermo est  con sonda y se comprueba ecográficamente que la hidronefrosis ha disminuido.*

*18 de junio de 2007: Al no aclarar la ecografia la situación funcional de la vejiga y la próstata restante, considerando que el calibre uretral es normal y el paso a vejiga fácil, se solicita estudio urodinámico que no se realiza por dolor y escozor importante.*

*9 de noviembre de 2007: El enfermo es portador de sonda que dice tolerar bien y no quiere estudio urodinámico. T.R: próstata +/++. fibroelástica y plana. Se solicita analítica de control y ecogra fa. El enfermo no vuelve por consulta.*

*Independientemente de las consideraciones que podríamos hacer respecto al escrito que se nos remite y especialmente a sus párrafos finales y que nos reservamos ahora salvo deseo expreso de esa Dirección, debemos manifestar que como se puede apreciar de la relación precedente, este asegurado ha sido visto en múltiples ocasiones, muchas de ellas sin cita previa y tanto el interesado como su familia han sido muy reticentes en seguir los procedimientos propuestos para su diagnóstico y tratamiento.*

*En cuanto a la patología pulmonar a la que se refiere en su escrito acusatorio, debo manifestar que en la*

*radiografía de Tórax practicada como estudio pre-operatorio, el 26 de junio de 2006, sólo se informa de "signos de EPOC" y no hay nada que sugiera "Adenocarcinoma de Pulmón", término anatomiopatológico y no radiológico. En consecuencia y dada la carencia de malignidad de la pieza resecada no habría justificación para un estudio pulmonar, salvo que se replanteara nueva intervención quirúrgica".*

## 2. Informe de 31 de julio de 2008:

*"...En cuanto al tratamiento con Casodex (Bicalutamida) que es un antiandrógeno no esteroideo que se une a los receptores androgénicos y carece de otra actividad endocrina, se mandó con la intención de disminuir el volumen de la próstata en tanto en cuanto se cuantificaba ecográficamente el mismo. Así se le comunicó a la hija del enfermo por el facultativo que lo prescribió. En ningún momento se dijo que hubiera o se sospechara cáncer de próstata.*

*Referente al proceso pulmonar, y revisada la iconografía de tórax que existe en la historia, paso a describir la placa de 26/6/06, que se hizo como estudio preoperatorio: no se aprecian imágenes patológicas ni a nivel de parénquima, mediastino, pleura ni óseo. Únicamente se puede describir una mínima condensación de 0,5 cm a nivel del campo superior izquierdo, ya apreciada previamente en estudios desde marzo de 2003, sin modificación alguna en más de 3 años, lo que habla a favor de su carácter residual.*

*Lamentablemente en la demanda presentada no hay documentación alguna que avale la naturaleza de "adenocarcinoma de pulmón", como podría ser un informe de anatomía patológica sobre espécimen: esputo, biopsia, etc.*

*A la luz de la ciencia médica es infrecuente el fallecimiento brusco de un paciente portador de "nódulo pulmonar", aunque fuera de naturaleza tumoral. Es muchísimo más frecuente esta circunstancia en postoperatorio reciente por problemas tromboembólicos, que además suelen ir precedidos de una sintomatología como la que se describe en la demanda".*

Tanto la radiografía de tórax de 26 de junio de 2006, correspondiente al estudio previo a la RTU, así como las que se le realizaron en 2003, a las que se refería en estudio comparativo realizado el Jefe de Servicio de Urología, fueron solicitadas por la instrucción al Hospital y remitidas, obrando en el expediente.

**CUARTO.-** Solicitud certificación de acto presunto, se emite el 25 de noviembre de 2008.

**QUINTO.-** Solicitud informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), lo evacua el 17 de septiembre de 2012, con las siguientes conclusiones:

*"1. Varón de 69 años que el día 25/7/06 se realiza resección transuretral de próstata por hiperplasia prostática. En radiografía de tórax realizada en el preoperatorio, no se aprecian imágenes compatibles con proceso maligno de pulmón. Se observa una mínima condensación en campo superior izquierdo de pulmón que comparada con*

*radiografías previas (3 años antes) no presentaba modificación alguna, lo que hacía pensar en patología residual.*

*2. Tras revisión de la documentación obrante en el expediente e historia clínica del paciente, no hay constancia de la realización de pruebas de confirmación diagnóstica de adenocarcinoma de pulmón, diagnóstico emitido por hospital privado al realizar un TAC pulmonar. Tampoco se dispone de informe completo del TAC-torácico, sólo del resultado diagnóstico, lo que imposibilita la confirmación del diagnóstico o establecer una relación clara entre la imagen observada en el año 2006 y el nódulo observado en el año 2008.*

*3. Referente al tratamiento con "Bicalutamida" (antiandrógeno no esteroideo), se prescribe con la intención de disminuir el volumen de la próstata en espera de su cuantificación ecográfica y así se le comunicó a la hija del enfermo. No se emite por parte del Servicio de Urología diagnóstico de sospecha de cáncer prostático.*

*4. Es infrecuente el fallecimiento brusco de un paciente portador de nódulo pulmonar, aunque fuera de naturaleza tumoral. Es mucho más frecuente esta circunstancia en postoperatorio reciente por problemas tromboembólicos, según la sintomatología referida.*

*5. El seguimiento y tratamiento realizado por el Servicio de Urología del HSMR fue correcto durante toda su asistencia y de acuerdo a protocolos y líneas de actuación habituales en el Servicio de Urología del HSMR".*

**SEXTO.-** Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud, se aportó informe pericial elaborado por cuatro especialistas en Medicina Interna, que concluyen que, con los datos disponibles y ante la ausencia de autopsia no se podía afirmar que el paciente padeciera una neoplasia pulmonar, ni tampoco cuáles fueron las causas de su fallecimiento. También se añadía que según los datos disponibles, la lesión observada en la radiografía de tórax que se le realizó para el preoperatorio, el 26 de junio de 2006, no presentaba signos compatibles con una lesión pulmonar maligna, siendo un nódulo crónico de carácter residual, probablemente un granuloma. En consecuencia, no hubo retraso en el diagnóstico de la masa pulmonar diagnosticada al paciente en 2008, ni existió una inadecuada práctica médica en el seguimiento y tratamiento del enfermo. En cuanto a la causa del fallecimiento del enfermo, se desconocía, no siendo posible vincularla a una patología pulmonar del paciente. Se formulaba la hipótesis de una posible "muerte súbita", asociada al postoperatorio de una cirugía de próstata y posiblemente relacionada con un tromboembolismo pulmonar o también era posible una "muerte súbita" de causa cardiaca debida a la cardiopatía isquémica que padecía.

**SÉPTIMO.-** Por la instrucción se solicitó al reclamante que aportara la radiografía de tórax y la TAC que se le realizó en el año 2008 en la clínica privada, sobre la que se basaba el diagnóstico de "Adenocarcinoma de Pulmón". Aportados por el reclamante los originales de dichas pruebas, también a solicitud del órgano instructor, el reclamante aportó el informe radiológico en el que se establecía el diagnóstico de "*tumoración pulmonar maligna en segmento superior del LII*" (folio 174).

Dicho informe se remitió a la Inspección Médica y a la aseguradora del SMS, a efectos de su valoración.

**OCTAVO.-** Por la Inspección Médica, se emite informe complementario que alcanza las siguientes conclusiones:

"1. Varón de 69 años intervenido el día 25-07-2006 de Resección Transuretral de Próstata por hiperplasia prostática. En radiografía de tórax realizada en el preoperatorio se observa una mínima condensación en lóbulo superior izquierdo del pulmón que comparada con radiografías previas no presentaba modificación alguna. Lo que hacía pensar en patología residual no compatible con proceso maligno de pulmón.

2.- De la revisión de la iconografía pulmonar del paciente realizada por la Inspección Médica (Rx Tórax de los años 2003, 2006 y TAC torácico del año 2008), se observa que las lesiones descritas en las radiografías en los años 2003 y preoperatorio del año 2006 parecen de carácter fibrótico, residual y benigno y no muestran signos compatibles con una lesión pulmonar maligna.

3.- En informe del TAC torácico realizado en el año 2008 se confirma igualmente la existencia de lesiones fibróticas antiguas en lóbulo superior izquierdo. Estos cambios parecen no tener relación alguna con la tumoración maligna localizada en lóbulo inferior izquierdo y también descrita en el TAC.

4. Referente al tratamiento con "Bicalutamida" (antiandrógeno no esteroideo), se prescribe con la intención de disminuir el volumen de la próstata en espera de su cuantificación ecográfica y así se le comunicó a la hija del enfermo. No se emite por parte del Servicio de Urología diagnóstico de sospecha de cáncer prostático.

5. Es infrecuente el fallecimiento brusco de un paciente portador de nódulo pulmonar, aunque fuera de naturaleza tumoral. Es mucho más frecuente esta circunstancia en postoperatorio reciente por problemas tromboembólicos, según la sintomatología referida.

6. El seguimiento y tratamiento realizado por el Servicio de Urología del HSMR fue correcto durante toda su asistencia y de acuerdo a protocolos y líneas de actuación habituales en el Servicio de Urología del HSMR".

**NOVENO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, comparece el reclamante y formula escrito de alegaciones para manifestar, en síntesis, que los informes periciales tanto de la aseguradora como de la Inspección médica adolecen de una gran subjetividad y que no son concluyentes en cuanto contienen diversos errores. Además, señala que no se le informó de ninguna patología pulmonar (EPOC, nódulos fibrosos) y pone en duda que no pudiera diagnosticarse la tumoración maligna (descubierta en enero de 2008, tras realizarle la TAC) ya en la radiografía del estudio preoperatorio de 26 de junio de 2006, por lo que solicita expresamente "la comparación de las pruebas aportadas en el expediente (RX de tórax de 26 de junio de 2006 y de 8 de enero de 2008, e informe del TAC realizado el 16 de enero de 2008), con los mejores equipos y humanos que existan en el mundo de la medicina" para poder demostrar que la muerte del paciente se debió a una negligencia médica.

**DÉCIMO.-** Con fecha 26 de julio de 2013, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el fallecimiento del paciente, toda vez que no se ha conseguido acreditar que se hubiera actuado de forma contraria a normopraxis.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### SEGUNDA.- Legitimación y plazo para reclamar.

1. La legitimación activa, cuando de la reclamación por daños se trata, reside en el sujeto que los sufre en su persona o sus bienes, circunstancia ésta que le confiere la condición de interesado y le habilita para reclamar su importe, conforme a los artículos 31 y 139 LPAC.

Dadas las características de la reclamación, en la que se pretende la indemnización por el daño moral ocasionado por la muerte de un progenitor, la legitimación activa corresponde a los hijos, en tanto que son quienes sufren el dolor por la pérdida de un pariente tan cercano. Comoquiera que también se reclama el resarcimiento de los gastos habidos en la sanidad privada, la legitimación corresponde en tales casos a quienes los hayan sufragado.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la función pública de asistencia sanitaria de la población y titular de los centros sanitarios donde se atendió al paciente.

2. La reclamación interpuesta el 6 de mayo de 2008 lo ha sido dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, toda vez que el *dies a quo* para el cómputo del plazo coincide con la fecha del fallecimiento del paciente, el 18 de enero de 2008. En cuanto a la temporaneidad de la acción para reclamar el reintegro de los gastos originados por la asistencia recibida en la sanidad privada, tampoco hay objeción que realizar, vista la fecha de finalización de la asistencia sanitaria privada (la última factura presentada es de fecha 16 de enero de 2008).

### TERCERA.- De la insuficiente instrucción del procedimiento y de la necesidad de completarla.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP. Del mismo modo, se aprecia que el escrito de

iniciación del procedimiento no cumple los requisitos que debiera tener según lo establecido en el artículo 6 RRP, al carecer de la evaluación de la responsabilidad en el extremo relativo al daño moral derivado de la muerte del paciente, por lo que se debió solicitar al reclamante la oportuna subsanación.

Merece, asimismo, una consideración la actuación del órgano instructor en relación con la prueba pericial propuesta por el interesado tras obtener vista del expediente. En nuestros Dictámenes 147 y 190/2005, entre otros, se recoge la doctrina del Consejo Jurídico en materia de prueba, que es sobradamente conocida por la Consejería consultante, en la medida en que tales Dictámenes respondían a sendas consultas de la misma. Debe recordarse que, cuando el interesado propone un determinado medio de prueba, el instructor no viene obligado a acordar su práctica, pero, si lo rechaza, tal decisión habrá de ser motivada, por imperativo del artículo 80.3 LPAC, fundando tal decisión en el carácter manifiestamente improcedente o innecesario de la prueba propuesta.

En el supuesto sometido a consulta, con ocasión del trámite de audiencia, el interesado solicita la práctica de una pericia consistente en la comparación de las radiografías de tórax efectuadas en 2006 y 2008, así como la TAC de 16 de enero de 2008, para demostrar que la muerte de su padre se debió a un error médico en la valoración de la primera placa, en la que ya se habría podido descubrir el tumor maligno que acabó con su vida.

Esta proposición de prueba no ha obtenido respuesta por el órgano instructor, pues la siguiente actuación que consta en el expediente es la propuesta de resolución, en la que no se contiene alusión alguna, ni siquiera una mínima cita, a la solicitud probatoria del actor, lo que no es admisible.

No parece necesario insistir en la relevancia de la prueba pericial en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la asistencia sanitaria en los que se pone en cuestión el buen hacer de los facultativos, alegando la existencia de errores o actuaciones contrarias a la praxis médica correcta, a la denominada "lex artis ad hoc". Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predictable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 22 de diciembre de 2001, afirma: "*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*". Esta doctrina jurisprudencial sigue plenamente vigente, como recoge la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 2 de noviembre de 2011.

La determinación de si la actuación de los facultativos en cada caso se adecuó a los dictados de la ciencia médica deviene, entonces, en el elemento determinante para la decisión de este tipo de procedimientos. Ocurre, sin embargo, que la valoración de dicha actuación y en qué medida se ajustó a normopraxis, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la Medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, resultan trascendentales los informes médicos. El especial valor probatorio de estas pericias en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999.

Sentada la relevancia de la prueba pericial, ha de recordarse que el instructor sólo podrá rechazar las propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias (artículo 80, apartados 1 y 3, LPAC y 9 RRP), lo que no se ha justificado en el expediente, ni siquiera en la propuesta de resolución, sino que, directamente se ha ignorado la proposición de prueba efectuada con ocasión del trámite de audiencia.

En cualquier caso, en la medida en que el reclamante contradice la adecuada praxis médica que alegan los facultativos de la Administración, y que atañe a una de las imputaciones concretas que formula respecto al funcionamiento de los servicios públicos, el Consejo Jurídico, en aplicación de los principios de flexibilidad y antiformalismo que caracterizan al procedimiento administrativo (Dictamen núm. 63/2004), considera procedente la práctica de la prueba, pues no cabe calificarla de manifiestamente improcedente o innecesaria, y menos tomando en consideración la pauta de prudencia recogida por la STC núm. 30/1986, de 20 de febrero, sobre el juicio de pertinencia de la prueba, que expresa de la siguiente manera:

*"Con respecto a ella cabe destacar que el artículo 24.2 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de "utilizar los medios de prueba pertinentes" en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación".*

Podría argumentarse que el interesado pudo aportar dicho informe *motu proprio* durante toda la instrucción del procedimiento, sin necesidad de solicitar su práctica a la instrucción, pero ha de repararse en que el reclamante actúa sin asistencia letrada, viniendo la Administración obligada a facilitarle el ejercicio de sus derechos (art. 35, letra i, LPAC), también en el seno del procedimiento administrativo. En consecuencia, la actuación correcta habría sido acordar la apertura de un período de prueba e informar al actor que podía aportar la prueba propuesta él mismo, otorgándole un nuevo plazo para ello, o bien proceder a la práctica de la prueba solicitada, si bien requiriendo al interesado el anticipo de los gastos que dicha prueba conllevara, conforme a lo establecido en el artículo 81.3 LPAC.

Por ello, y como señalamos en nuestro Dictamen 75/2006, entre otros, pudiendo suceder que ese derecho fundamental consagrado en el artículo 24.2 CE se vulnere por la negación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del derecho reclamado (STC núm. 10/2000, Sala Primera, de 17 enero), considera el Consejo Jurídico que la prevención sobre tal riesgo es de por sí suficiente para no poder calificar la prueba pericial propuesta como manifiestamente improcedente o innecesaria (art. 80 LPAC), debiendo en consecuencia concluir en la retroacción del procedimiento, a fin de completar la instrucción con su práctica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al ser procedente completar la instrucción en los términos expresados en la Consideración Tercera, debiendo elevarse de nuevo la consulta para la emisión

de un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada.

No obstante, V.E. resolverá.

