



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero y
Ponente

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 11 de mayo de 2006, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxx, D. zzzzzz y Dña. nnnnnn*, 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 7 de abril de 2006 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. xxxx, D. zzzzzz y Dña. nnnnnn, representados por Dña. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la atención sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. gggggggg*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de abril de 2006, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 388/2006, 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 la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Estella Hoyos.

Primero.- Con fecha 9 de septiembre de 2003, Dña. xxxxx presenta un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial debido a los daños y



perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. gggggg, en el Hospital hhhh, solicitando una indemnización de 150.000 euros.

Segundo.- Dña. ggggggg, paciente de 71 años, es remitida en junio de 2002 desde su Centro de Salud al Servicio de Cirugía General del Hospital hhhh, a consecuencia de una eventración de pared abdominal.

La paciente es vista en consultas externas y se solicita un TAC abdominal. Ante la demora en la realización del mismo, la paciente acude a la consulta privada del cirujano que la atendió en el Hospital hhhh, solicitándose esta prueba a un centro privado. La conclusión del informe del TAC –realizado en el rrrrr– es “hernia de pared abdominal anterior cuyo contenido es parte del colon transversal sin signos inflamatorios valorables en esta técnica”.

El día 9 de julio de 2002 se incluye a la paciente en la lista de espera quirúrgica. El estudio preoperatorio es correcto, no contraindicando la intervención.

El 25 de marzo de 2003 es intervenida, tras la firma de los documentos de consentimiento informado para anestesia y cirugía.

En la intervención se produce una perforación incidental de colon, que se repara en el mismo acto con punto intracorpóreo. La evolución transcurre sin incidencias y el 28 de marzo de 2003 es dada de alta.

El día 29 de marzo de 2003, acude a Urgencias del Hospital hhhh por dolor abdominal de una hora de evolución. Refiere que tras la intervención no tiene deposiciones. Se realiza interconsulta con el cirujano de guardia y se solicitan radiografías de tórax y abdomen, cuyos resultados demuestran la persistencia del neumoperitoneo quirúrgico. La paciente es dada de alta de la urgencia por cirugía, al considerar que el dolor abdominal probablemente era causado por el aire de la laparoscopia. Se envía a su domicilio con pauta analgésica y enema Casen.

El 30 de marzo de 2003, la paciente es trasladada al Hospital hhhh por encontrarse mal. Al ingreso, refiere dolor abdominal y ausencia de tránsito intestinal, cuadro compatible con shock séptico de origen abdominal.



Es intervenida de urgencia, previa firma por parte de su hija, del consentimiento informado, en el que se expone la gravedad del cuadro que presentaba la paciente. Durante la intervención, la paciente presenta parada cardíaca transitoria, que cede con maniobras de reanimación cardiopulmonar.

A las 12 horas de la intervención, presenta parada cardiorrespiratoria, que no revierte tras las maniobras de reanimación.

El 31 de marzo de 2003 se produce el fallecimiento, figurando como diagnóstico principal sepsis severa, peritonitis fecaloidea, shock séptico y perforación intestinal de colon transverso tras cirugía laparoscópica.

Tercero.- Mediante escrito presentado el 9 de septiembre de 2003, Dña. xxxxx formula una reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por el fallecimiento de su madre, Dña. ggggggg, a consecuencia de una perforación de colon tras una laparoscopia.

Fundamenta la reclamación en las siguientes en las siguientes razones:

»1.- Una mala asistencia dado que se le ha producido una perforación intestinal en una intervención laparoscópica, que si bien es un accidente quirúrgico, el mismo debió ser diagnosticado en el mismo acto quirúrgico y solucionado inmediatamente. Dicha mala asistencia se reproduce en el Servicio de Urgencias del Hospital, al ser dada de alta sin un diagnóstico exacto y al ser tratada de forma incorrecta. Incluso ni siquiera se le puso el enema Casen en el Hospital.

»2.- Un error diagnóstico en cuanto a que la perforación intestinal no fue diagnosticada hasta el 30 de marzo de 2003, es decir, 5-6 días después de la intervención.

»3.- Una información deficiente e imprecisa a la paciente, dado que no consta que le fuese entregada hoja de consentimiento informado donde se detallasen las posibles complicaciones”.

Se añade en la reclamación que “si dicha perforación intestinal hubiese sido diagnosticada a su debido tiempo se podría haber evitado la peritonitis y el desenlace final con toda probabilidad. O al menos, si la paciente hubiese sido



mantenida y controlada en el centro hospitalario hubiese sido posible la intervención antes y un tratamiento más eficaz que aumentase las probabilidades de supervivencia.

»Luego pensamos demostrado que ha existido una mala asistencia sanitaria, un error diagnóstico y que se ha privado a la fallecida de los medios personales y materiales (médicos) que la ciencia médica tiene en la actualidad difiriendo un diagnóstico y tratamiento al momento en el que la solución era ya inviable. Dicha complicación era previsible y, por tanto debe ser reparado el daño causado”.

Cuarto.- Al expediente se incorporan la historia clínica de Dña. ggggggg y los siguientes informes médicos:

- Informe del Dr. bbbbbb, Coordinador de Urgencias, de 2 de octubre de 2003.

- Informe del Dr. ccccc, del Servicio de Cirugía, de 7 de octubre de 2003, del que procede destacar la siguiente observación:

“Todas las cirugías tanto abiertas como cerradas existen al realizar la adherenciolisis, deserosamientos y zonas de isquemia que a veces no se abren en el momento operatorio y sí secundariamente, desde luego la citada paciente durante la estancia hospitalaria no tuvo ninguna clínica de perforación porque en otros pacientes en las primeras 24 horas dan la clínica que la citada paciente tuvo posteriormente al ser dada de alta”.

- Informe de la Dra. aaaaa, del Servicio de Cirugía, de 7 de octubre de 2003.

- Informe de la Dra. mmmmm, Especialista del Área de Cirugía del Hospital vvvvvv, de 13 de octubre de 2003, en el que se indica, refiriéndose al momento en que la paciente acude a Urgencias, el día siguiente a aquél en el que fue dada de alta, lo siguiente:

“Estando de guardia el pasado día 28 de marzo de 2003, recibí llamada del Servicio de Urgencias sobre las 1,15 horas del día 29. Desplazada a dicho servicio, observo a la paciente que adjunta informe



provisional de alta, sin que en dicho informe conste referencia alguna a complicaciones o anomalías en el transcurso de la operación.

»(...) Ante la ausencia en ese momento de cuadro abdominal agudo posquirúrgico, y sin que conste en el informe de alta ninguna complicación o anomalía en la intervención, indico personalmente a la Dr^a. adjunta de guardia de Urgencias, que la paciente quede en observación en ese servicio con tratamiento analgésico, sin señalar ninguna otra medicación y a la espera de su evolución.

»Según consta en el informe correspondiente la paciente fue dada de alta por el Servicio de Urgencias”.

- Informe de la Inspección Médica, de fecha 26 de diciembre de 2003, en el que constan las siguientes conclusiones:

“Primera.- La perforación de colon transverso, a consecuencia de la cual tuvo lugar la peritonitis fecaloidea que fue la causa del shock séptico a consecuencia del cual falleció Dña. gggggg, constituye una complicación descrita y previsible del tipo de intervención a la que fue sometida la fallecida en la que se realizó una `adherenciólisis con sutura de asa con punto intracorpóreo...´ del colon transverso que se encontraba en su hernia abdominal.

»Segunda.- Ante el dolor abdominal y sintomatología que presentaba gggggg, debería haberse quedado bajo la tutela de un cirujano en observación en un servicio hospitalario (en urgencias, en el servicio de cirugía o en el que se determinase por la disponibilidad de camas). La propia cirujana que la valoró y atendió afirma taxativamente en su informe que consideraba necesaria la observación `en espera de la evolución´. Aunque en el momento de su ingreso en urgencias los signos clínicos y las pruebas radiológicas y analíticas que se le practicaron a gggggg no revelasen evidencias de abdomen agudo por perforación, todo indica que la buena práctica aconsejaba su permanencia en observación `a la espera de su evolución´ para poder detectar precozmente e intervenir ante signos manifiestos de la perforación de colon transverso que tuvo lugar. Al trasladarla a su domicilio la perforación que padecía evolucionó durante más de 24 horas hasta la presentación de un shock séptico por peritonitis fecaloidea que acabó con la vida de D^a gggggg.



»Tercera.- (...) es evidente que las deficiencias de organización a las que hace mención en su escrito la Dra. ttttt, a la hora de que los especialistas que se hacen responsables de pacientes en el servicio de urgencia dejen constancia escrita de sus actuaciones. Estas deficiencias de organización se consideran determinantes a la hora de tratar de explicarse lo sucedido, en un caso como el analizado, en el que todos los implicados afirman en sus escritos que D^a gggggg debería haberse quedado en observación, pero finalmente se le extiende el alta. Además, a la vista de las manifestaciones de la Dra. mmmmm en su escrito, es preciso dejar constancia de otro lado de índole también organizativa y administrativa que ha influido en el caso que analizamos: el hecho de que en el informe de alta del servicio de cirugía no conste en el apartado procedimientos quirúrgicos que había sido preciso dar un punto de sutura en asa de colon transversal durante la intervención quirúrgica a la que fue sometida D^a gggggg para resolver su eventración de pared abdominal.

»Cuarta.- Los testigos D^a xxxxx (enfermera del Servicio de Urgencias), Dra. D^a xxxxx (residente de Medicina Familiar y Comunitaria), Dra. D^a xxxxx (residente de Medicina Interna) y el Dr. D. xxxxx (médico de medicina Familiar y Comunitaria), que firman el escrito de la Dra. ttttt, y los familiares entrevistados por este inspector abundan en que efectivamente la Dra. D^a mmmmm cursó instrucciones verbales en relación con el alta de gggggg al haber indicado al personal de urgencias y a los familiares de gggggg que el abdomen no era quirúrgico y podía trasladarse a su domicilio. De estas instrucciones queda constancia además, en la documentación que firma la Dra. ttttt en la que se indica que una vez vista por la cirujana de guardia Dra. D^a mmmmm esta refiere que `el abdomen es blando, no quirúrgico y aconseja tratamiento por analgesia y ambulatorio por lo que se decide el alta domiciliaria´.

»Quinta.- Ha quedado demostrado que D^a gggggg tuvo que realizar en un centro privado el TAC abdominal que le había solicitado por el Dr. D. ccccc, ante el largo tiempo de espera que le comunicaron en el servicio de admisión del Consejo Hospitalario, presentado factura e informe que corroboran dicho abono. En su comparecencia, la hija de D^a gggggg manifiesta que después de la consulta en el Servicio de Cirugía del Complejo Hospitalario acudió y abonó una consulta privada con el Dr. ccccc, extremo que no ha podido demostrarse documentalmente.



»Sexta.- También se ha demostrado que Dña. xxxxx, hija de la reclamante, se encuentra en la actualidad sometida a tratamiento psiquiátrico como se revela en los informes que se adjuntan”.

Quinto.- A la vista de estos informes, se inicia negociación con la reclamante para proceder a la terminación convencional del procedimiento, sin que sea posible alcanzar acuerdo indemnizatorio, por lo que se cumplimenta el trámite de audiencia mediante notificación de 14 de junio de 2004, sin que la parte reclamante haya presentado alegaciones durante el plazo concedido al efecto.

Sexto.- Con fecha 21 de abril de 2005, Dña. yyyyy, en representación acreditada de Dña. xxxxx y D. zzzzz, interpone nuevamente una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por estos mismos hechos, fijando la suma indemnizatoria en 150.000 euros. Adjunta informe médico pericial realizado por el doctor D. lllll.

Séptimo.- Ante la incorporación de un nuevo interesado al procedimiento, la Gerencia Regional de Salud solicita a la representante de los dos reclamantes que comuniquen la existencia de otros posibles interesados, si los hubiera.

Con fecha 7 de noviembre de 2005, se recibe escrito de Dña. nnnnnn, tercera hija de Dña. gggggg, en el que comunica su deseo de ser incluida en la tramitación de este expediente de responsabilidad patrimonial.

Octavo.- Con fecha 30 de diciembre de 2005, la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud dicta propuesta de resolución parcialmente estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, proponiendo como indemnización la cantidad de 54.657,93 euros.

Noveno.- El 10 de marzo de 2006, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad emite un informe sobre la propuesta indicada, en el que se manifiesta:

“En cuanto al fondo de la propuesta, consideramos conforme a derecho el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la



Administración por la defectuosa asistencia sanitaria prestada a Dña. gggggg. No obstante, la indemnización debe calcularse teniendo en cuenta la Resolución de 24 de enero de 2006, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías indemnizatorias por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultaran de aplicar durante el 2006, el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a personas en accidentes de circulación.

»También es preciso señalar que el cálculo de la cuantía de la indemnización, se resta a la cuantía que resulta de aplicar el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, recogido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Responsabilidad Patrimonial civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, el porcentaje de mortalidad que lleva aparejada la patología padecida por D^a gggggg (perforación del colon transversal), en concreto, un 20%. No obstante, no cabe desprender tal porcentaje de mortalidad de ningún informe técnico obrante en el expediente, por lo que es preciso que se respalde tal cifra con datos científicos que justifiquen su aplicación.

»Finalmente, la propuesta de Orden dice que la doctrina jurisprudencial es unánime en señalar que, para valorar adecuadamente el daño producido, debe acudir a la ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, y al citado Real Decreto Legislativo 8/2004. No obstante, debe precisarse que si bien la jurisprudencia admite la utilización de un criterio objetivo en el cálculo de la cuantía de la indemnización, la admisión de este método no es cuestión pacífica en la jurisprudencia”.

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

1^a.- 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, es preciso hacer una observación a la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, toda vez que existe una evidente tardanza en su tramitación. Así, mientras que el primer escrito de reclamación se presentó el 9 de septiembre de 2003, hasta el día 30 de diciembre de 2005 no se emitió la propuesta de resolución, siendo informada por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad el 10 de marzo de 2006. Este retraso necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de los principios y criterios relativos a su actuación recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización de responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en los reclamantes los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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 (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002), 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.



Además, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites razonables), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

5ª.- La parte reclamante 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual, "en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

En efecto, consta que el primer escrito de reclamación lo presentó una de las hijas de la paciente el 9 de septiembre de 2003, esto es, antes de transcurrir un año desde el momento en que tuvo lugar la asistencia por la que reclama, que se produjo en marzo de 2003.

Al procedimiento iniciado por Dña. xxxxx se suman posteriormente los otros dos hijos de la fallecida, D. zzzz y Dña. nnnnn.

6ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. xxxx, D. zzzzzz y Dña. nnnnnn debido a los daños y perjuicios derivados de la atención sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. gggggg.

Señala la parte reclamante en su escrito que ha quedado demostrado que ha existido una mala asistencia sanitaria, un error de diagnóstico y que se ha privado a la fallecida de los medios personales y materiales (médicos) que la ciencia médica tiene en la actualidad, difiriendo un diagnóstico y tratamiento al momento en el que la solución era ya inviable. Mantiene que dicha complicación era previsible y evitable y, por tanto, debe ser reparado el daño causado.



La cuestión fundamental se centra en determinar si los daños sufridos por la madre de los reclamantes como consecuencia del tratamiento que le fue dispensado tienen o no carácter antijurídico, haciendo surgir, o no, junto a los demás presupuestos, la obligación de reparar de la Administración.

En este sentido hay que señalar 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, 3657/2002 y 3623/2003). Parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios –recordamos 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.

La doctrina expuesta, aplicada al caso que nos ocupa, requiere analizar si el tratamiento prestado a Dña. ggggggg por la Administración sanitaria, que concluyó con la muerte de la paciente, fue adecuado según la *lex artis ad hoc*.



En este sentido, teniendo en cuenta el relato fáctico transcrito, los informes que obran en el expediente y especialmente el emitido por la Inspección Médica el 26 de diciembre de 2003, no parece que existan dudas sobre la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria derivada de la asistencia prestada a la paciente.

Así, el informe de la Inspección concluye afirmando: "(...) La perforación de colon transverso, a consecuencia de la cual tuvo lugar la peritonitis fecaloidea que fue la causa del shock séptico a consecuencia del cual falleció Dña. gggggg, constituye una complicación descrita y previsible del tipo de intervención a la que fue sometida la fallecida, en la que se realizó una adherenciólisis con sutura de asa con punto intracorpóreo (...) del colon transverso que se encontraba en su hernia abdominal.

»Ante el dolor abdominal y sintomatología que presentaba gggggg, de tan sólo dos horas de evolución, y con los antecedentes de la intervención a la que había sido sometida, todos los informes recabados por este inspector indican que D^a gggggggg debería haberse quedado bajo la tutela de un cirujano en observación en un servicio hospitalario (en urgencias, en el servicio de cirugía o en el que se determinase por la disponibilidad de camas) (...). Todo indica que la buena práctica aconsejaba su permanencia en observación `a la espera de su evolución´ para poder detectar precozmente e intervenir ante signos manifiestos de la perforación de colon transverso que tuvo lugar. Al trasladarla a su domicilio, la perforación que padecía evolucionó durante más de 24 horas hasta la presentación de un shock séptico por peritonitis fecaloidea que acabó con la vida de Dña. gggggg".

A la vista de lo expuesto puede concluirse que el daño sufrido por la paciente tiene la consideración de antijurídico, ya que se aprecia la existencia de la infracción de la *lex artis ad hoc* por parte de algunos de los facultativos que atendieron a la enferma, puesto que cuando la paciente vuelve a Urgencias un día después de haber sido dada de alta, debido al dolor abdominal que padecía, la actuación correcta hubiera sido ingresarla para observar la evolución de su dolencia y de su estado en general, ya que el dolor abdominal que sufría, acompañado del neumoperitoneo, con ausencia de tránsito intestinal, constituían indicios que podrían considerarse pautas suficientes para prever la repercusión que podía derivarse de la anomalía de su estado.



Por ello, este Consejo Consultivo considera procedente declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al considerar demostrado que ha existido infracción de la *lex artis ad hoc* en la asistencia recibida por la madre de los interesados.

En cuanto a la valoración de la indemnización que debe reconocerse a los reclamantes, es necesario decir que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por la responsabilidad en la que pueda incurrir la Administración en el ámbito sanitario se caracteriza por una auténtica ausencia de criterios, lo que ha llevado a que las cuantías otorgadas por los tribunales hayan sido totalmente dispares.

No obstante, en los últimos tiempos se viene apuntando como posible alternativa la adopción de los baremos de valoración de daños personales establecidos para la responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación. Este Consejo considera que la forma más objetiva de efectuar la valoración de los daños causados es acudir al repetido criterio (Dictámenes del Consejo de Estado de 13 de junio de 1996, nº 1951; 31 de mayo de 2001, nº 915; y 8 de noviembre de 2001, nº 2673) del baremo establecido para las indemnizaciones de las compañías aseguradoras en accidentes con vehículos a motor recogido en la modificación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, de 21 de marzo de 1968, contenida en la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 20 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, pertinentemente actualizado para el año 2003 –en que ocurrieron los hechos– por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 20 de enero de 2003, considerando también las resoluciones judiciales que últimamente han valorado esa responsabilidad objetiva, todo ello dentro del correspondiente procedimiento contradictorio (se sigue en esto la doctrina sentada por este Consejo Consultivo en el Dictamen 232/2004, de 29 de julio). Esta forma de valoración incluye en sus cálculos los daños morales y factores de corrección por perjuicios económicos debidos a la disminución de ingresos, con un grado de objetividad que merece la confianza de este Consejo Consultivo.

Debe advertirse, por último, que aunque el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, salva de sus disposiciones derogatorias a la citada disposición adicional octava, ésta es derogada a su vez



por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. No obstante, en virtud de la disposición transitoria única de este último texto refundido, subsisten los sistemas de cálculo indemnizatorio anteriores para el caso de accidentes ocurridos antes de su entrada en vigor.

Respecto al momento en que ha de valorarse el perjuicio indemnizable, el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que “la cuantía de la indemnización se calculará con referencia la día en que la lesión se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en la que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria”.

A la luz de este precepto, y teniendo en cuenta que el fallecimiento de la paciente tuvo lugar en marzo de 2003, debemos considerar que los baremos que podrían aplicarse al caso que nos ocupa son los contemplados en la Resolución de 20 de enero de 2003, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante 2003 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, sin perjuicio de actualizar la cuantía resultante al momento en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad. La cantidad derivada de dicha actualización es coincidente con las indemnizaciones básicas por muerte, incluidos los daños morales, recogidas en la tabla I del anexo I de la Resolución de 24 de enero de 2006, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante 2006 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En otro orden de cosas, hay que aclarar que, a pesar de que en el informe de la Inspección Médica se indica que ha quedado demostrado que Dña. xxxxx, hija de la reclamante, se encuentra en la actualidad sometida a tratamiento psiquiátrico, como se revela en los informes que se adjuntan, no procede valorar de forma separada los daños morales que ésta invoca, ya que



la tabla que se aplica para la valoración de los distintos daños sufridos por la paciente o, en este caso, sus descendientes, tras el título "indemnizaciones básicas por muerte" añade como epígrafe complementario "(...) incluidos daños morales". Por ello, debe entenderse que la indemnización concedida comprende la valoración de los daños morales alegados.

Esta regla general presenta dos excepciones, según las cuales se permite la valoración separada de los daños morales complementarios en los supuestos de víctimas de lesiones con más de 75 puntos en una sola de las secuelas o más de 90 en las concurrentes. En ambos supuestos se reconoce el derecho a una indemnización complementaria. En este sentido dejaría de existir el criterio de igualdad para todas las víctimas. Sin embargo, estos supuestos no concurren en el caso que nos ocupa.

Por otra parte, debe considerarse que aun reconociendo que ha existido una infracción de la *lex artis ad hoc*, ya que el error de diagnóstico determinó que la paciente no fuera tratada en su momento adecuadamente, ha de tenerse en cuenta que la complicación que presentó Dña. gggg implica un grado considerable de mortalidad, lo que conduce a pensar que, aun en el supuesto de que hubiese sido mantenida en observación, el resultado del fallecimiento podía haberse producido de igual manera.

A la vista de lo expuesto este Consejo considera que estamos ante un supuesto en el que cabe aplicar la doctrina jurisprudencial de la llamada "pérdida de oportunidades", si bien consciente de la prudente aplicación que ha de hacerse de ésta, evitando que se posibilite la indemnización en supuestos absolutamente improcedentes, y que ya ha sido invocada en el Dictamen 672/2004, de 11 de noviembre.

La Audiencia Nacional, con relación a la doctrina de la "pérdida de oportunidades", ha tenido la ocasión de señalar:

- "Por lo tanto, a juicio de esta Sala, hay que considerar que en este caso se produce la confluencia de varios factores, por un lado la dificultad de diagnóstico dado lo poco frecuente de la patología que presentaba la paciente y, por otro, la dificultad de que, aun con el diagnóstico adecuado, no se consiga la remisión de la enfermedad o la desaparición de sus secuelas. También influyó en la producción del resultado la circunstancia del diagnóstico



erróneo de la doctora que atendió a la paciente que retrasó la remisión del paciente al especialista haciendo imposible de este modo que pudiera recibir el tratamiento precoz que hubiera podido servir para tratar de evitar la sordera del oído derecho que se le ha producido.

»Por lo tanto, la actuación conforme a *lex artis* habría consistido en la remisión inmediata al centro hospitalario APRA recibir el tratamiento correcto, en cambio, lo que se hizo fue mantener a la paciente con un tratamiento farmacológico desde el día 9 de febrero hasta que el día 27 la propia paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital Ramón y Cajal de Madrid. De este modo, se imposibilitó el que recibiera el tratamiento correcto que le hubiera permitido evitar la sordera.

»No obstante, este es un supuesto en el que se puede aplicar la doctrina jurisprudencial de la llamada 'pérdida de oportunidades' puesto que la actuación de la administración, si bien ha sido contraria a la *lex artis*, no puede decirse que haya sido la única responsable del resultado producido puesto que un tratamiento médico correcto no garantizaba que se hubiera podido evitar la sordera total y definitiva. Por tanto, lo que debe ser objeto de reparación es, solamente, la pérdida de la oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la *lex artis* se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud de la paciente ahora recurrente, el hecho de que se valore, exclusivamente, esta circunstancia obliga a que el importe de la indemnización deba acomodarse a esta circunstancia y que se modere proporcionalmente con el fin de que la cantidad en la que se fije la indemnización valore en exclusiva este concepto indemnizatorio" (Sentencia de 15 de octubre de 2003, JUR 2003/264821)

- "Parece evidente, por tanto, que el único efecto que tuvo sobre la salud de la paciente el hecho de que el tratamiento no fuera del todo correcto y que no se practicara la vitrectomía con prontitud no aplicándose el tratamiento a nivel intravítreo con más prontitud fue un efecto de lo que se ha dado en llamar 'pérdida de oportunidades' por cuanto que lo único indemnizable, es, pues, la pérdida de la oportunidad (por no decir, hipótesis) de haber obtenido una curación completa.

»Por tanto, la pretensión de indemnización de la parte recurrente debe ser aceptada, pero sólo en parte, de modo que lo único que puede ser



indemnizado es la posibilidad de que, de haberse actuado con arreglo a la *lex artis*, se hubiera podido lograr una completa curación, pero tomando en consideración que no se ha acreditado si dicha curación completa era posible ni de qué factores dependía” (Sentencia de 24 de septiembre de 2003, JUR 2004/108126).

Esta doctrina, aplicada al caso concreto, conlleva que, como consecuencia del error de diagnóstico imputable a la Administración sanitaria, la paciente perdió las oportunidades de haber sobrevivido que hubiera tenido si, diagnosticándole correctamente, se hubiera seguido el tratamiento e intervención quirúrgica en el momento en que, conforme a los parámetros de la *lex artis*, hubieran resultado procedentes.

En definitiva, hay grandes probabilidades de que la actuación médica tardía o incorrecta le haya privado de las posibilidades estadísticas que tenía de curación o de que su enfermedad hubiera evolucionado de forma distinta. La paciente tuvo una pérdida de oportunidad ante la ausencia de una atención sanitaria adecuada a su dolencia. Cuestión aparte es el porcentaje de responsabilidad que, por todo lo explicado, corresponda a la Administración sanitaria, pues es evidente que, por mucho que se hubiese intervenido a la paciente de modo inmediato, el daño sufrido por el mismo hubiera sido grave, pues la enfermedad que padecía lo era. En el daño padecido por la madre de los reclamantes concurren, en definitiva, su propia dolencia y la deficiente actividad –por omisión– de la Administración sanitaria. La cuantificación de la responsabilidad de ésta se examinará a continuación, al valorar el daño.

Dicho lo anterior, y como ya se ha indicado, la precisa fijación de la concreta lesión padecida resulta determinante a la hora de concretar la valoración de la indemnización a la que tenga derecho la parte reclamante, que no será la que corresponda a lo que acabamos de explicar, sino aquella que resarza de la pérdida de oportunidad de curación del paciente –necesariamente más reducida que la anterior–, pues se precisa ponderar el proceso padecido por la paciente, que entrañaba un serio compromiso para su salud aun en el caso de que la discutida prueba diagnóstica y la intervención quirúrgica se hubieran practicado con una escrupulosa celeridad.

La situación clínica presentada por la paciente nos lleva a considerar equitativa, siempre que se avale por un informe técnico-científico, la reducción



de la indemnización procedente en torno a un 20%, que se corresponde con la minoración que en relación con la pérdida de oportunidad supone, necesariamente, la situación de riesgo vital que, debiendo ser asumida por la paciente, no constituye un daño antijurídico.

El importe de la indemnización deberá 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar, en los términos expuestos, resolución estimatoria parcial en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxx, D. zzzzzz y Dña. nnnnnn, representados por Dña. yyyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la atención sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. gggggggg.

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