



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y

Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 16 de diciembre de 2010, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

### I

#### ANTECEDENTES DE HECHO

El día 10 de noviembre de 2010 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 16 de noviembre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.436/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

**Primero.-** El 21 noviembre de 2005 Dña. xxxxx presenta en la Gerencia Regional de Salud de Área de xxxx1 una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a las complicaciones surgidas tras una operación de cataratas realizada en un centro hospitalario concertado.



En su escrito expone que el 19 de diciembre de 2000 fue intervenida de cataratas de su ojo izquierdo en un hospital concertado. Las complicaciones surgidas durante la cirugía obligaron a cambiar la técnica quirúrgica prevista. Posteriormente en la Residencia Sanitaria de xxxx1 se le diagnosticó la existencia de un “desprendimiento de retina en embudo”, lo que produjo la pérdida de la vista del ojo izquierdo.

Considera que “(...) la actuación médica no fue del todo lo correcta que hubiera requerido el caso, pues ante la falta de visión no se tomó ninguna determinación (...). En cualquier caso se podría haber evitado el desprendimiento o de haberlo no tendría las consecuencias fatales si se hubieran pautado unas visitas más cortas (...) ya que dicho desprendimiento en embudo necesitaba de un tiempo suficiente, máxime ante la falta de visión, circunstancia ésta que evitó se detectara el desprendimiento en el momento en que se produjo”.

Aporta informe médico pericial y documentación sobre el procedimiento penal seguido ante el Juzgado de lo Penal nº 1 de xxxx2.

No cuantifica la indemnización solicitada.

**Segundo.-** Al expediente se incorpora, además de la historia clínica de la paciente, informe del Jefe del Servicio de Oftalmología del Hospital de xxxx1 de 16 de marzo de 2006 e informe de la Inspección Médica de 31 de mayo de 2006, que concluye:

“(...) La técnica quirúrgica realizada a la paciente está actualmente vigente y aunque durante la intervención se produjeron complicaciones (pérdida de vítreo) estas fueron resueltas durante la misma. Por tanto, no puede concluirse hasta aquí que la actuación fuera incorrecta.

»No puede determinarse el momento exacto en que tuvo lugar dicho desprendimiento de retina aunque parece más probable, según los datos de la historia clínica, que ocurriera entre el 16/01/01 y la siguiente revisión el 20/02/01. Si bien se realizaron más revisiones de la paciente de las habituales, tal vez, pudo haberse pautado un seguimiento más estrecho ante la no recuperación visual. Influyendo en el retraso diagnóstico el que no pudo percatarse la paciente de síntomas propios de desprendimiento, ya que, desde



el inicio de la revisiones no había una recuperación visual. Aunque se hubieran realizado revisiones más cercanas en el tiempo esto no quiere decir que con ello se hubiera podido evitar que ocurriera el desprendimiento de retina.

»El desprendimiento de retina puede ocurrir como complicación de una intervención de cataratas. Es imprevisible, si bien, cuando se diagnostica resulta una urgencia su tratamiento para intentar evitar en lo posible la pérdida visual. El desprendimiento en embudo supone un desprendimiento masivo con mal pronóstico visual y que probablemente haya evolucionado en el tiempo. No se puede determinar si el pronóstico visual hubiera sido diferente de haberse diagnosticado antes el desprendimiento de retina”.

**Tercero.-** Concedido trámite de audiencia, el 14 de agosto de 2006 la reclamante presenta escrito de alegaciones en el que reitera su pretensión. Manifiesta su disposición para proceder a la terminación convencional y valoran la indemnización en 40.000 euros.

**Cuarto.-** El 9 de julio de 2007 la reclamante solicita la resolución del procedimiento en la mayor brevedad posible. El 30 de junio de 2008 y el 24 de julio de 2009 solicita información sobre el estado de su tramitación.

**Quinto.-** El 24 de agosto de 2010 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden en la que se estima parcialmente la reclamación y se reconoce el derecho de la reclamante a percibir una indemnización de 13.213,04 euros.

**Sexto.-** El 4 de octubre de 2010 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente dicha propuesta.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

## II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el



artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

**2ª.-** El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (21 noviembre de 2005) hasta que se formula la propuesta de orden (24 de agosto de 2010). 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.

**3ª.-** Concurren en la parte reclamante 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.

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. Si bien, consta que se formuló el 21 noviembre de 2005, y se cuestiona el seguimiento postoperatorio de su intervención referido al periodo enero -febrero de 2001, constan diferentes actuaciones judiciales realizadas por la interesada que interrumpirían la prescripción de la acción -la última resolución judicial incorporada al expediente es el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de xxx1 de 15 de septiembre de 2005-.



**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 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 el mismo que se pueda producir.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que están, 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".



La dificultad de prueba del nexo causal en procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que hay multiplicidad de causas y causantes de los daños, se acrecienta cuando se trata de lo que la doctrina denomina “daños pasivos”, o daños que no son consecuencia de una acción directa del facultativo, sino que son debidos a errores de diagnóstico o omisiones de la Administración Sanitaria o del tratamiento, que privan al paciente de cuidados médicos necesarios en el tiempo adecuado.

Con motivo del examen de algunos supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria, el Consejo Consultivo de Castilla y León, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, ha analizado lo que se ha venido a denominar “teoría de la pérdida de oportunidades” (pérdida de oportunidades terapéuticas). Se trataría de la valoración de la responsabilidad por la disminución o merma de oportunidad de curación, o de minoración de las secuelas, para singularizar aquellos procedimientos en que, por la omisión de una prueba analítica o técnica, de un tratamiento o procedimiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un determinado medicamento más completo, o simplemente por un excesivo retraso, se ha privado al paciente de una posibilidad de curación. En tales casos, al partir de un quebranto de la *lex artis*, debe valorarse el perjuicio de forma proporcional a la pérdida de dicha oportunidad.

El Consejo Consultivo de Castilla y León ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la pérdida de oportunidades terapéuticas, -directamente en los Dictámenes 672/2004; 842/2005; 194, 388, 561/2006; 93 y 148/2007, 360 y 1172/2009 e indirectamente en otros muchos asuntos.

La teoría debe ser aplicada con precaución, ya que ha de tenerse presente la dificultad probatoria y la dificultad en la obtención de criterios objetivos, al tratarse de los problemáticos “daños pasivos” antes referidos. Así, como señala la Memoria del Consejo de Estado del año 2005, “(...) ésta es una doctrina no sólo incipiente sino muy susceptible de debate público, ya que en último extremo se trata de saber qué habría pasado en realidad si no llega a producirse ese error, sobre la base de que es la propia salud del paciente la que en realidad causa el daño, siendo la actividad sanitaria una actividad que concurre con ese nexo de causalidad pero de imposible constatación de cuál habría sido entonces el resultado final, ya que solo si el servicio se hubiera



prestado correctamente se sabría si el resultado resultó en último extremo un éxito o, por el contrario, inútil al no evitar la propia condición del paciente y la evolución de la enfermedad el resultado dañoso que se produjo en cualquier caso. Es la dificultad de valoración de la pérdida de oportunidad de obtener un resultado favorable que nadie, ni siquiera el mejor funcionamiento posible de los servicios sanitarios puede en realidad garantizar, lo que se intenta valorar, sin que por definición haya parámetros totalmente objetivos para poder imputar el daño al funcionamiento del servicio, ya que es perfectamente posible que, aunque hubieran funcionado a la perfección los servicios sanitarios y conforme al estado de arte en el uso de la tecnología médica, no se puede probar que se habría evitado el resultado dañoso que en último extremo se produjo, pudiendo sin embargo argumentarse que, si hubieran funcionado correctamente los servicios sanitarios, quizás se habría producido otro resultado más favorable para la salud del paciente”.

**5ª.-** En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a estimar parcialmente la reclamación de la interesada.

La presente reclamación se basa en la insuficiencia del seguimiento postoperatorio de una complicación, por lo que habrá que valorar si la asistencia prestada a la interesada fue suficiente y resulta ajustada a las exigencias de la *lex artis*, así como si las omisiones producidas condicionan el resultado final.

En este sentido, la Inspección Médica se plantea en su informe que, tal vez, pudo haberse realizado un seguimiento más estrecho de la paciente. Éste es el criterio de la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de xxx2, de 17 de junio de 2004, que al analizar el presente asunto, señala en el apartado 3º de su fundamento jurídico segundo que (...) por motivos desconocidos, el oftalmólogo citó a la paciente para un mes y cuatro días después; infringiendo con ello el deber de cuidado aplicable al caso, ya que, teniendo en cuenta que en la operación había surgido una complicación predisponente del desprendimiento de retina y que la paciente no había recuperado la agudeza visual en un mes tras la intervención, complicaciones de las que era plenamente consciente el acusado (...), tendría que haber sometido a la paciente a una vigilancia más estrecha, con exámenes más próximos en el tiempo, y no dejar transcurrir más de un mes, pues el desprendimiento de retina, que es inevitable cuando se presenta, es un





proceso de evolución en el tiempo, y que debe ser tratado para evitar que se produzca una pérdida de visión irreversible (...)”.

En este caso, existieron importantes complicaciones intraoperatorias, complicaciones que exigían una actitud más vigilante de la evolución de la paciente, por lo que queda acreditado que no existió la necesaria atención a la vista de las circunstancias de la paciente, por lo que la asistencia no puede considerarse ajustada a la *lex artis*.

No obstante, como se señala en la propuesta de orden, el reconocimiento del déficit asistencial no implica necesariamente la estimación de la reclamación presentada, dado que no resulta acreditado que una atención mayor hubiera podido evitar el resultado dañoso que se produjo.

No puede valorarse adecuadamente la existencia de pérdida de oportunidades terapéuticas, porque no pudo acreditarse en el procedimiento penal -ni se ha probado en el presente- la fecha en que se produjo el desprendimiento de retina, debido a la falta de una revisión más cercana en el tiempo y a que la ausencia de visión de la paciente impide que pueda determinarse cuándo se le produjo la complicación.

La propuesta de orden admite el déficit asistencial, omisión que priva a la paciente de la posibilidad de haber actuado sobre ese desprendimiento con mayor cercanía temporal a su acontecimiento. No obstante considera que, dadas las fechas de las consultas, un hipotético desprendimiento (se conjetura que en torno al día 17 de enero) tendría reducidas de manera importante sus posibilidades de recuperación, aun cuando hubiera sido advertido en la siguiente revisión a finales de enero. Además, el estado del ojo, debido a las complicaciones derivadas de la cirugía de catarata, introduce serias dudas sobre el éxito de cualquier actuación médica frente al desprendimiento de retina.

Por ello la Administración, con buen criterio, considera que debe estimarse parcialmente la reclamación y reconocer a la reclamante una indemnización -dadas las circunstancias, reducida en un 40%- cuantificada finalmente en 13.213,04 euros.

Para su valoración se ha tomado en cuenta la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, texto refundido aprobado



por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y la actualización de este sistema por Resolución de 31 de enero de 2010 de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones.

No se reconocen días de incapacidad porque la situación de pérdida de visión de la reclamante fue inmediata tras la cirugía practicada, como resultado de la complicación de ésta, por lo que este daño no puede calificarse de antijurídico.

De acuerdo con el citado baremo, la pérdida de visión total de un ojo se valora con 25 puntos. La reclamante contaba 66 años en el momento de los hechos por lo que le corresponderían 20.019,75 euros por este concepto. La cantidad debe incrementarse en un 10% por el factor de corrección, lo que resulta un importe de 22.021,73 euros, de los que los reseñados 13.213,04 euros se corresponden con el 60 % de la citada cantidad.

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.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 13.213,04 euros, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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