



Sr. Amilivia González, Presidente y  
Ponente

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

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 23 de enero de 2014, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio por Resolución, de 5 de octubre de 2012, de la Gerente de Salud de las Áreas de xxxx1*, 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 8 de enero de 2014 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio por la Gerencia Regional de Salud, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a Dña. vvvv*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 9 de enero de 2014, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1/2014, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

**Primero.-** Mediante Resolución del Gerente de Salud de las Áreas de xxxx1 de 5 de octubre de 2012, la Gerencia Regional de Salud inicia de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a Dña. vvvv, ya fallecida, en el Hospital hhhh de xxxx1.



Previamente, el 25 de mayo de 2012 Dña. xxxx2 presentó una reclamación en relación con la asistencia médica recibida por Dña. vvvv, fallecida el 16 de mayo de 2012, al considerar que hubo un retraso en el tratamiento de su grave patología urgente con consecuencias fatales.

**Segundo.-** Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, entre otros los siguientes informes:

- Informe de una enfermera de Urgencias de 6 de junio de 2012, en el que describe lo sucedido e indica que de conformidad con el Sistema Nacional de Triage se le asignó a la paciente prioridad III.

- Informe de una licenciada especialista en el Área de Urgencias de 11 de junio de 2012, en el que, en contestación a la reclamación realizada, describe lo sucedido y el tratamiento recibido por la paciente. Señala que "cabe destacar, que la paciente no fuese derivada desde el Centro de Salud por su Médico de Atención Primaria en un medio de transporte adecuado, un soporte vital avanzado, dada la potencial gravedad de la sospecha clínica por parte del Médico de Atención Primaria, dado que la elevada presión asistencial del Servicio de Urgencias puede determinar situaciones similares a la actualmente comentada".

En un segundo informe de la especialista referida de 24 de agosto de 2012, indica que "(...) ya que la paciente llegaba a Urgencias andando, sin dolor, sin mal aspecto, sin mal color, ni mareo, ni cortejo vegetativo, sino que fue previamente vista por un facultativo que había visto su ECG y le había mandado por su cuenta y la paciente sólo contaba 'cansancio de hombros' procedí a realizar el cuestionario correspondiente del triaje según el Protocolo del Servicio de Urgencias (...). Según el Protocolo de actuación del Servicio de Urgencias, coloqué la historia en el clasificador correspondiente adjuntando el ECG y P10 al médico correspondiente".

- Informe de un médico inspector de 4 de diciembre de 2012, en el que concluye que "hubo una demora en la asistencia de la paciente en el Servicio de Urgencias, cuando se disponía de los medios suficientes para sospechar que el proceso requería una atención inmediata".



Consta en el expediente un nuevo informe de 20 de febrero de 2013, en el que la médico inspector se ratifica en el criterio expuesto.

- Informe de un médico de Atención Primaria de 12 de diciembre de 2012, en el que relata la asistencia recibida por la paciente y puntualiza que la mandó desde la consulta directamente a Urgencias para valoración, sin pensar que fuera un infarto.

**Tercero.-** Consta en el expediente un informe de Urgencias, el volante de remisión a Atención Primaria, la "hoja de actividad asistencial", con la relación de las atenciones médicas realizadas en Urgencias el 16 de mayo de 2012, y una copia del "control de presencia" con la relación de los médicos enfermeras que trabajaban ese día.

**Cuarto.-** El 5 de octubre de 2012 se nombra instructora del procedimiento y se abre un trámite de alegaciones.

El 22 de octubre D. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx2, D. xxxx3 y D. xxxx4, hijos de la fallecida, presenta alegaciones en las que solicita una indemnización de 46.441 euros.

Adjunta copia del poder acreditativo de su representación, del Libro de Familia, de los Documentos Nacionales de Identidad de los hijos de la fallecida, del testamento, del certificado literal y de un parte de defunción de Dña. vvvv.

**Quinto.-** Consta en el expediente la interposición de un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la presente reclamación, y el emplazamiento realizado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de xxxx1.

**Sexto.-** El 12 de julio de 2013 la aseguradora de la Administración emite un informe de valoración del daño corporal en el que se indica que corresponde una indemnización de 36.318, 86 euros.

**Séptimo.-** Concedido trámite de audiencia a la parte reclamante, no constan alegaciones.



**Octavo.-** El 13 de noviembre de 2013 se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación. Se considera que hubo una pérdida de oportunidades de supervivencia "puesto que la mortalidad intrahospitalaria en pacientes ancianos (...) incluso con el tratamiento óptimo alcanza el 24 % (...), por eso la cantidad a indemnizar se tiene que minorar en la misma proporción, aplicándose a los 47.787,97 euros el 76% de pérdida de oportunidad, resultando una cantidad de 36.318, 86 euros (...)".

**Noveno.-** El 29 de noviembre de 2013 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

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

## **II CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.f) del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

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

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se inicia de oficio el procedimiento (5 de octubre de 2012) hasta que se formula la propuesta de orden (13 de noviembre de 2013). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de



Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder, en su caso, mediante la oportuna resolución.

**3ª.-** Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**4ª.-** El artículo 106.2 de la Constitución establece que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.



b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquél que pueda producirse.

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



intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que está, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño –por no ser éste antijurídico– cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

Quiere con ello decirse que, incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual “a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida”.

**5ª.-** En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden estimatoria de la reclamación, pero discrepa en relación con la reducción que se realiza del importe de la indemnización al aplicar la teoría de la pérdida de oportunidades.

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 u 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, este Consejo Consultivo, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, ha analizado lo que se denomina “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.

El Consejo Consultivo de Castilla y León ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la pérdida de oportunidades terapéuticas directamente, entre otros, en los Dictámenes 672/2004; 842/2005; 194, 388, 561/2006; 93 y 148/2007, 360 y 1172/2009, 105/2010, y 156/2012, 619 y 837/2013, e indirectamente en otros muchos asuntos.

La Sentencia de 27 de septiembre de 2011 de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, señala a este respecto: “Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, ‘La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 , como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que





se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable'. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente".

La pérdida de oportunidad se configura así como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*, un mecanismo corrector del rigor probatorio, que permite dar una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio.

La Sentencia de 20 de enero de 2012 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, señala "que en los supuestos de pérdida de oportunidad por demora en el diagnóstico el daño no es el material (lesiones y secuelas o, aquí, fallecimiento) correspondiente al hecho acaecido sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación; en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que en definitiva se asemeja al daño moral y que es el concepto indemnizable".

No obstante, la Memoria del Consejo de Estado del año 2005 ya puso de manifiesto que "en muchos de los casos en los que se invoca la pérdida de oportunidad no se trata de supuestos de pérdida de oportunidad, sino de problemas derivados de si se ha infringido o no la *lex artis ad hoc*". En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 24 de noviembre de 2009, subraya esta diferencia, y considera que la falta de un adecuado diagnóstico es mala *praxis*, no una pérdida de oportunidad terapéutica.

En el presente caso, se considera que debe reducirse la indemnización porque la mortalidad intrahospitalaria en pacientes ancianos con un infarto agudo de miocardio alcanza el 24%, incluso con un tratamiento óptimo. No obstante, a este Consejo no le parece razonable la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidades para reducir el importe indemnizatorio utilizando



únicamente el criterio de la edad, a modo de riesgo añadido de fallecimiento en caso de un infarto, y prescindiendo del estado de salud previo de la enferma.

Cada persona tienen una probabilidad de fallecimiento, en cualquier momento y lugar, matemáticamente plasmada en las tablas demográficas de mortalidad y de supervivencia, herramientas esenciales para las investigaciones de los demógrafos e imprescindible para que las aseguradoras hagan el cálculo de primas y provisiones matemáticas en los seguros de vida, confeccionen las bases técnicas de los planes y fondos de pensiones. El propio Instituto Nacional de Estadística publica este tipo de datos al ser útiles en todos los estudios sobre previsión social.

El baremo recogido en 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, aplicado en este caso por la Administración (la actualización realizada por la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 21 de enero 2013), recoge en la "Tabla I.- Indemnizaciones básicas por muerte (Incluidos daños morales)" unas cantidades minoradas sensiblemente en función de la edad de la víctima (en este caso más de 80 años).

Por ello, al margen de si la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad (la regla de causalidad proporcional) debe limitarse exclusivamente a aquellos casos en que la oportunidad perdida sea inferior al umbral de certeza o si, por el contrario, ha de extenderse su aplicación a todos los casos, incluso a aquéllos en que la probabilidad sea elevada – en el presente caso un 76% de supervivencia parece alto- y que conforme a las reglas tradicionales sobre prueba deben permitir la indemnización por los perjuicios totales sufridos por la paciente, no es razonable utilizar la teoría únicamente para reducir una indemnización con base en una justificación probabilística, y más cuando posteriormente se minoran nuevamente en su cuantía por la edad de la víctima por aplicación de la Tabla I del baremo.

**6ª.-** Por lo que se refiere a la fijación de la cuantía de la indemnización, como se ha señalado, este Consejo Consultivo no considera correcta la reducción de la indemnización por la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidades terapéuticas. Por ello, debe indemnizarse la mala *praxis*, directamente determinante de las consecuencias producidas, con la minoración



establecida en la Tabla I del baremo. En atención a ello, este Consejo considera correcta, conforme a los cálculos realizados por la propuesta de resolución, la cantidad de 47.787,97 euros, en lugar de los 36.318,86 euros fijados como cantidad a indemnizar con la referida reducción, todo ello sin perjuicio de la actualización del importe de la indemnización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**7ª.-** Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y al constar que el interesado ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta por silencio administrativo, denegatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede dictar resolución estimatoria, por importe de 47.787,97 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio por la Gerencia Regional de Salud, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a Dña. vvvv.

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