



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 15 de marzo de 2007, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de 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 16 de febrero de 2007 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxxx, representada por D. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo cccccc, en el Hospital hhhhh*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 21 de febrero de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 148/2007, 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. Quijano González.

Primero.- Con fecha 12 de noviembre de 2004, Dña. xxxxx presenta ante la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicita una indemnización por el



fallecimiento de su hijo cccccc, hecho que atribuye al retraso en la asistencia sanitaria prestada en el Servicio de Urgencias del Hospital hhhhh, donde fue remitido por su médico de Atención Primaria el día 21 de octubre de 2003 con motivo de una abdominalgia aguda.

Segundo.- Los hechos objeto de la reclamación, recogidos en el informe de la Inspección Médica, son los siguientes:

“D. cccccc de 17 años de edad y con antecedentes de Distrofia de Duchenne, fue atendido en su domicilio el día 21-10-03 a las 13:30 horas por su médico del Centro de Salud de Atención Primaria de xxxxx por presentar abdominalgia de varias horas de evolución, acompañado de náuseas y vómitos. A la exploración presentaba defensa abdominal, Blumberg positivo con mayor dolor en fosa iliaca derecha, y timpanismo. Se deriva al Servicio de Urgencias del Hospital hhhhh.

»Es valorado por el S. de Urgencias a las 16:00 horas. A la exploración abdominal presenta abdomen globuloso, endurecido, dudosa defensa voluntaria, no masas, no megalias, Blumberg dudoso positivo en hipocondrio derecho, izquierdo y fosa iliaca derecha. Diagnóstico de Distrofia de Duchenne y abdominalgia, se cursa petición de ecografía y se ingresa al paciente en observación.

»A las 20:00 horas el paciente se encuentra con fiebre alta, hipotensión y abdomen muy doloroso a la palpación se solicita TAC abdominal urgente, que se informa: importantísima cantidad de líquido libre abdominal junto con aire libre, posiblemente perforación de víscera hueca.

»Ante la inestabilidad hemodinámica y respiratoria del paciente, es ingresado en el servicio de Medicina Intensiva, se avisa a Cirugía General para valoración, decidiendo intervención quirúrgica, que comienza a las 23:25 horas, encontrando en quirófano una necrosis de fundus gástrico en cara posterior con perforación y peritonitis. Se realiza una gastrectomía atípica y limpieza de la cavidad.

»El día 28-10-2003 se realiza nuevo TAC; que evidencia derrame pleural bilateral con colección líquida subfrénica izquierda, por lo que se decide nueva intervención quirúrgica, evidenciando dehiscencia de sutura, absceso



subfrénico izquierdo en Douglas y en subfrénico derecho, resuturando y reforzando la dehiscencia.

»Persiste tras quirófano la inestabilidad. El día 2-11-03 se decide nueva intervención al producirse fuga de contraste, objetivando nueva dehiscencia que se sutura y refuerza.

»El día 4-11-03 se practica nueva intervención por persistencia de fuga, realizando gastrectomía subtotal con casquete apical cierre duodenal y yeyunostomía de alimentación.

»Persistió la inestabilidad con fracaso respiratorio y renal precisando hemodiafiltración veno-venosa continua y óxido nítrico.

»El enfermo desarrolla fracaso multiorgánico, falleciendo el día 15-11-03 por shock refractario séptico.

»Diagnósticos de los procesos según informe de Medicina Intensiva de 28-11-03: perforación gástrica aguda, intervención sobre perforación gástrica, reintervención sobre sutura gástrica, gastrectomía, fallo multiorgánico, shock séptico abdominal asistolia secundaria”.

Tercero.- Al expediente se ha incorporado la siguiente documentación:

- Historia clínica del paciente.
- Parte de reclamación del Seguro de Responsabilidad Sanitaria.
- Informe del Dr. vvvv, facultativo especialista del Área de Cirugía, cirujano de guardia el día 21 de octubre de 2003, indicando que, junto con el Dr. ggggg, el día 21-10-2003 estuvo realizando dos intervenciones urgentes de forma ininterrumpida desde las 17:30 hasta las 23:00 horas. A las 21:00 recibió el aviso telefónico de la situación clínica urgente que presentaba el menor, proponiendo su estabilización en la UCI hasta que finalizase la operación en curso. Cuando se intervino al paciente se confirmó la presencia de necrosis gástrica con estallido de cara posterior del fundus gástrico, acompañado de peritonitis generalizada, practicándose gastrectomía polar atípica, lavado de la cavidad abdominal y colocación de drenajes. El día 2 de noviembre de 2003



reintervino al paciente por dehiscencia parcial de la línea de sutura de la gastrectomía.

- Informe del Dr. ggggg, jefe especialista de cupo de cirugía, de guardia el día 21 de octubre de 2003. Reproduce el informe del Dr. vvvv.

- Informe del Dr. Beltrán de Heredia, de la Unidad de Cirugía Laparoscópica, que intervino al paciente el día 29 de octubre de 2003, realizando una relaparotomía media suprainfraumbilical, encontrando una peritonitis difusa con gran absceso subfrénico izquierdo, otro absceso subfrénico derecho y perivesicular, así como en saco de Douglas, y dehiscencia de sutura.

- Informe del Dr. ddddd, F.E.A. del Servicio de Urgencias, en el que señala que "un dolor abdominal en un paciente clínicamente estable es una urgencia, no una emergencia. Así, se procedió al estudio y valoración habitual en estos casos. En patología, la perforación libre de una víscera hueca, en este caso de estómago, no avisa y no avisa en los pacientes con patología gástrica previa. Se produce en un determinado momento de forma brusca, nunca predecible y en consecuencia imposible de diagnosticar previamente".

- Informe de la Dra. bbbbbb, facultativo especialista de Área de Cirugía General, que realizó una gastrectomía subtotal urgente al menor el día 4 de noviembre de 2003, con motivo de nueva dehiscencia de sutura gástrica.

- Informe del Dr. uuuuu, Coordinador de Urgencias del Hospital hhhhh de xxxxx. Afirma que no existió mala praxis, negligencia ni retraso, porque la necrosis gástrica es asintomática, siendo sólo posible sospechar y diagnosticar sus complicaciones, como ocurrió en este caso sobre las 20:00, actuándose en consecuencia. Indica que la ecografía abdominal es una técnica que no aporta datos en una sospecha de perforación de víscera hueca, ni siquiera cuando ésta ha sido diagnosticada por otros métodos, por lo que considera que no tuvo influencia en el proceso el retraso en su realización. Finalmente, hace una referencia a la patología de base del paciente: "Por último, recordar que la Enfermedad de Duchene es una miopatía genética que se manifiesta por afectación muscular difusa, progresiva y universal que acaba inexorablemente con la vida de los pacientes antes de los 25 años de edad".



- Informe de la Dra. pppppp, médica inspectora de la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx. Sobre el estudio de la reclamación, de los informes aportados al expediente y de la historia clínica del paciente, establece: "Podría cuestionarse si la realización oportuna de las pruebas solicitadas y una valoración e intervención con anterioridad por el equipo de cirugía, hubiera dado lugar a una evolución diferente del proceso, en cuyo caso D. cccccc podría tener derecho a una reparación económica".

Cuarto.- Una vez estudiado el expediente por la Comisión de Seguimiento del Seguro, y de conformidad con el informe de la Inspección Médica, se propone a la parte reclamante la terminación convencional del procedimiento, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo indemnizatorio.

Asimismo, consta en el expediente la interposición por la parte reclamante de un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia, sede de xxxxx.

Quinto.- Concluida la instrucción del expediente, mediante escrito de 5 de enero de 2006 (notificado el 12 de enero de 2006), se da audiencia a la reclamante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, a efectos de que formule las alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime oportunos.

El día 2 de febrero de 2006 D. yyyy, en representación acreditada de la reclamante, presenta un escrito de alegaciones en el que solicita una indemnización de 113.663,72 euros, calculada –según indica– de acuerdo con los baremos recogidos en la Resolución de 7 de febrero de 2005 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2005, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. No obstante, señala que la reclamante estaría dispuesta a reducir la cantidad indicada en un 30-35% en caso de acuerdo, conforme al artículo 11.2 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.



Sexto.- Con fecha 13 de febrero de 2006 D. mmmmm, padre del menor, se persona como interesado en el procedimiento, solicitando ser tenido como parte en la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por su esposa.

Séptimo.- El 15 de enero de 2007 el Director General de Administración e Infraestructuras formula propuesta parcialmente estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada, reconociendo el derecho de los interesados a ser indemnizados con la cantidad de 39.481,96 euros.

Octavo.- El 23 de enero de 2007 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de resolución indicada, si bien pone de manifiesto que "no procede admitir al padre en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, toda vez que en el momento en que se muestra parte en el procedimiento había transcurrido ampliamente el plazo de un año para formular la reclamación".

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, es preciso señalar una observación a la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, toda vez que existe una evidente tardanza en su tramitación. Así, mientras que el escrito de reclamación se registró el 12 de noviembre de 2004, hasta el día 15 de enero de 2007 no se dictó la propuesta de resolución (informada por la Asesoría Jurídica el 23 de enero), lo que 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 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.

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, 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 interesada 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, 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 la reclamación se planteó el 12 de noviembre de 2004, esto es, antes de transcurrir un año desde el momento en que se produjo el fallecimiento del menor, que tuvo lugar el 15 de noviembre de 2003.

6ª.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada es necesario destacar, en primer lugar, que al tratarse de una responsabilidad en el ámbito sanitario, la obligación, como regla general, es de medios y no de resultados, lo que supone la utilización de aquellas medidas que conozca la ciencia médica y que se encuentren a disposición del profesional sanitario en el lugar donde se produce el tratamiento.

Hay que tener en cuenta, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, que el hecho de que la responsabilidad de la Administración sea objetiva no convierte a la misma en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple hecho de que ocurran en sus instalaciones.

Así, en Sentencia, entre otras, de fecha 5 de junio de 1998, ha declarado que el “concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo –y así ocurre en el presente caso– se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final. De las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el Derecho Penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que de no haber transcurrido hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada.

»La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el



primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo. Sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño (*in iure non remota causas, sed proxima spectatur*). De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de Fuerza Mayor”.

Asimismo, tal y como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de abril de 2006, “tratándose de la responsabilidad patrimonial derivada de la prestación sanitaria, esta Sala tiene declarado en numerosas sentencias, por todas la de 14 de octubre de 2002, 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, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto»”.

En el caso que nos ocupa, existen datos en el expediente que permiten dudar de la observancia escrupulosa de la *lex artis ad hoc*, por considerar que la obligación de medios no fue cumplida adecuadamente.



Teniendo en cuenta el desarrollo de los acontecimientos reflejados en la historia clínica y los diversos informes que obran en el expediente, puede considerarse acreditado que el hijo de la reclamante ingresa en el Hospital hhhhh el día 21 de octubre de 2003, a las 14:44 horas, es valorado por la enfermería a las 15,00 horas y por el facultativo de guardia a las 16:00 horas. Se le diagnostica abdominalgia, a estudio, unido a la enfermedad de Duchene, que ya era conocida y que dificulta la valoración del abdomen del paciente, según se hace constar en el informe de ingreso en urgencias. A la vista del diagnóstico inicial se solicitan pruebas diagnósticas, radiográficas y una ecografía abdominal.

A las 17:19 horas se obtienen los resultados de la analítica que se le había realizado; sin embargo, la ecografía abdominal solicitada no llegó a realizarse, pese a ser reclamada a las 18:30, según consta en la página 5 de la historia clínica, en la que también se indica que el médico de urgencias que evalúa al paciente pide, a la vista de la situación en la que se encontraba, valoración al cirujano de guardia, que no pudo realizarse hasta el momento en que los dos cirujanos que estaban de guardia abandonaron el quirófano, esto es, alrededor de las 23:00 horas, tras concluir las intervenciones médicas que estaban practicando.

En cuanto a la no realización de la ecografía abdominal, que fue reiteradamente solicitada, el Jefe de Servicio de Urgencias manifiesta en su informe de 17 de enero de 2005 "que ésta tiene sus indicaciones en patología abdominal pero no la sospecha de perforación de víscera hueca; no aporta datos ni siquiera cuando ésta ha sido diagnosticada por otros métodos". Mantiene igualmente que no es hasta las 20:00 horas "cuando bruscamente aparece un vientre en tabla y un cuadro de shock, y es entonces y solo entonces cuando se puede actuar, y se actúa en consecuencia: medidas de estabilización, confirmación de sospecha (ahora y no antes) de perforación de víscera hueca, aviso a UVI y Cirugía".

No obstante, el informe de la Inspección Médica cuestiona "si la realización oportuna de las pruebas solicitadas y una valoración e intervención con anterioridad por el equipo de cirugía, hubiera dado lugar a una evolución diferente del proceso".



Es cierto, tal y como se refleja en el informe de la Inspección Médica, que el resultado de la analítica que se le practicó al paciente muestra una leucocitosis de entidad suficiente como para poder apreciar indicios de infección. Por otra parte, aun considerando que la ecografía solicitada a las 16:30 y reclamada a las 18:30 (que finalmente no llegó a practicarse) no aportara datos concretos sobre la perforación gástrica, sí podría haber aportado datos que condujeran a los facultativos a descartar otras posibles dolencias, circunstancia que facilitaría el hallazgo del diagnóstico correcto. Por tanto, la falta de realización de la prueba indicada supone un defectuoso funcionamiento del servicio público sanitario, existiendo dudas sobre si su realización hubiera influido en el desarrollo de los acontecimientos que tuvieron lugar con posterioridad.

Por otra parte, el hecho de que el paciente no pudiera ser valorado por un cirujano de guardia, cuando lo solicitó el facultativo de urgencias, al estar ocupados realizando intervenciones los dos cirujanos que estaban de guardia ese día en el hospital, cuestiona el que se cumpliera adecuadamente con la obligación de medios para estar en presencia de una correcta observancia de la *lex artis*. En efecto, el paciente no pudo ser valorado por un cirujano ni en el momento de su ingreso ni posteriormente, cuando ya sobre las 20:00 horas se manifestó el cuadro de shock. Esta atención no fue recibida hasta las 23:25 horas, momento en el que fue operado descubriendo la necrosis de fundus gástrico con perforación y peritonitis. Pero es que, además, el cumplimiento de la obligación de medios queda más en entredicho si se considera que las intervenciones que estaban realizando los cirujanos de guardia en el momento en el que el paciente requirió asistencia no revestían carácter de urgencia. Tal y como se pone de manifiesto en el informe de la Inspección Médica, "dichas intervenciones, sobre todo la resección de neo colón no parece que tengan carácter de urgencia".

Por tanto, puede considerarse que las deficiencias apreciadas en la asistencia prestada al menor permiten establecer una relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración sanitaria y la pérdida de oportunidad terapéutica sufrida por el paciente, que al ser constitutiva de un daño antijurídico, debe ser indemnizada.

7ª.- En cuanto al importe de la indemnización, el Consejo comparte el sentido de la propuesta de resolución de tomar como criterio orientativo el



baremo establecido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, teniendo en cuenta que la indemnización que correspondería recibir vendría establecida en la correspondiente Resolución 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 el año al que se refieran, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En el caso que nos ocupa habrá de aplicarse la Resolución vigente en el momento en el que se produjo el daño, sin perjuicio de la actualización que corresponderá realizar de la cuantía resultante al momento en el que se proceda al pago de la misma, que, de ser durante el año 2007, será coincidente con la cuantía recogida en la Resolución de 7 de enero de 2007, 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 2007, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Igualmente el Consejo muestra su conformidad con la modulación que realiza de la indemnización que corresponde percibir mediante la aplicación de la doctrina de pérdida de oportunidades, si bien consciente de la prudente aplicación que ha de hacerse de ésta.

En relación con la doctrina de la “pérdida de oportunidades”, la Audiencia Nacional, 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 para 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, nos lleva a realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, debe considerarse que la expectativa de supervivencia que tenía el paciente en el momento en el que se produjo el anormal funcionamiento del servicio público sanitario no era del 100%, ya que debe tenerse en cuenta que el paciente padecía distrofia de Duchenne.

Según se indica en la propuesta de resolución, “la distrofia muscular de Duchenne produce una discapacidad que progresa rápidamente. Por lo general, la muerte ocurre cerca de los 25 años, debido particularmente a trastornos respiratorios (pulmonares)”.

En el mismo sentido se pronuncia el coordinador de urgencias en su informe de 17 de enero de 2005, al señalar que “la enfermedad de Duchene es una miopatía genética que se manifiesta por afectación muscular difusa, progresiva y universal que acaba inexorablemente con la vida de los pacientes antes de los 25 años de edad”.

Por tanto, a la vista de lo expuesto, puede considerarse que la expectativa de vida del hijo de la reclamante era de 25 años y que la pérdida de oportunidad terapéutica que padeció le privó (en el mejor de los casos) de 8 años de vida que, a los 17 que contaba, le restaban por vivir, lo que supone una privación del 32% de su expectativa de vida. Así, la indemnización deberá cuantificarse en función de las expectativas de vida del paciente teniendo en cuenta la dolencia que anteriormente padecía.

De ello se deduce que la indemnización que tienen derecho a percibir los padres y el hermano del paciente, y que ascendería a la cantidad que resulte de aplicar los baremos recogidos en la Resolución de 7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, (siempre que el pago se realice efectivamente en el año 2007), deberá verse reducida en un 68%, considerando el porcentaje en el que se puede valorar la expectativa de vida del paciente, que, como ha quedado expuesto, se cifraba como máximo en un 32%.

Ha de tenerse en cuenta que el derecho a ser indemnizados se ha reconocido como consecuencia de la acción ejercitada por la madre del



paciente, quien actúa en nombre de la comunidad hereditaria, de la que forman parte tanto los padres como el hermano del fallecido.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo comparte el sentido de la propuesta parcialmente estimatoria formulada por la Consejería de Sanidad en el expediente sometido a dictamen, sin perjuicio de la matización relativa a la necesidad de actualizar el *quantum* indemnizatorio cifrado en la propuesta en 39.481,96 euros, al momento en el que el pago se haga efectivo.

8ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y constando que la interesada ha interpuesto 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.

Por último, nos vemos igualmente en la obligación de poner de manifiesto que la tardanza en resolver el presente expediente de responsabilidad patrimonial, no justificada, puesto que hemos de recordar que desde que fue interpuesta la reclamación ha transcurrido con creces el plazo de seis meses que tiene la Administración para resolver, trae consigo no sólo molestias y posibles perjuicios al interesado, al obligarle a acudir a la vía judicial con los gastos que ello conlleva de forma inexcusable de procurador y abogado, entre otros, sino también a la propia Administración de Justicia con procedimientos que no deberían haberse ni siquiera iniciado, así como al personal encargado de la defensa de la Administración demandada.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos expuestos en la consideración jurídica 7ª del presente dictamen, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

presentada a instancia de Dña. xxxxx, representada por D. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la atención sanitaria que le fue prestada a su hijo, cccccc, en el Hospital hhhhh.

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