



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, 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 Zamora el día 13 de noviembre de 2008, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. xxxx1 y Dña. xxxx2*, 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 23 de septiembre de 2008 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. yyyyy, en nombre y representación de D. xxxx1 y Dña. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, ccccc, en el Complejo hhhh1 de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 1 de octubre de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 871/2008, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, 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.-** Mediante escrito registrado el día 20 de febrero de 2007 en la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León, en xxxx1, Dña. yyyyy, en nombre y representación de D. xxxx1 y Dña. xxxx2, formula una reclamación



de responsabilidad patrimonial, debido a la asistencia sanitaria que fue prestada al hijo de sus representados, ccccc, en el Complejo hhhh1 de xxxx1.

El 6 de agosto de 2006, ccccc sufrió -mientras jugaba- un golpe en la boca, que le produjo la pérdida por avulsión del incisivo central superior; a consecuencia de ello acudió al Servicio de Urgencias del Complejo hhhh1 de xxxx1, determinándose la imposibilidad de reimplantación del diente. La parte reclamante considera erróneo el diagnóstico recibido y que, como consecuencia de no agotar las posibilidades terapéuticas, se perdió definitivamente la pieza dental.

Solicita como indemnización la cantidad de 38.205 euros.

Acompaña a la reclamación el poder acreditativo de la representación, un informe de urgencias del Complejo hhhh1 de xxxx1, diversos informes médicos y una factura correspondiente a una ortodoncia.

**Segundo.-** ccccc, nacido el día 18 de febrero de 1999, acude el 6 de agosto de 2006 al Servicio de Urgencias del Hospital de xxxx1, tras haber sufrido una contusión en los incisivos superiores, que le producen el arrancamiento de una pieza dental. Le atiende el médico de guardia, que tras realizarle la exploración clínica, constata la ausencia de pieza dental, incisivo superior, en cavidad oral.

Realizado estudio de ortopantografía, la impresión diagnóstica es la de pérdida de la pieza dental, recomendándose el control por un odontólogo.

Con posterioridad, ccccc acude a una clínica dental privada, donde es visto en consulta por un médico estomatólogo, quien señala en un informe, aportado con la reclamación, que el paciente presentaba la avulsión traumática del incisivo central superior izquierdo que, según le dicen, se ha producido días atrás.

Posteriormente, en octubre de 2006, el paciente acude a otra clínica privada, donde el especialista que le atiende considera que una reimplantación intencionada del diente habría sido una opción de tratamiento favorable para el paciente, tanto en su intento de conseguir una revascularización del paquete vasculo-nervioso del diente permanente joven, así como alternativa para



mantener el espacio protético y el de los tejidos peridentarios del diente para facilitar una posterior rehabilitación de la arcada dentaria.

**Tercero.-** Al expediente se incorpora la historia clínica del paciente y, entre otros, los siguientes informes de unidades médicas y profesionales:

- Informe, solicitado a instancia de la parte reclamante, de un perito médico, licenciado en Medicina y Cirugía y en Odontología, fechado 13 de septiembre de 2006, en el que se recogen las siguientes conclusiones:

“Ante la avulsión dentaria, la reimplantación de un diente es el único tratamiento conservador, para darle viabilidad a la pieza dentaria.

»Es importante destacar que el resultado de la reimplantación depende sobremanera de las condiciones en que llega el diente, de su conservación y del traslado, así como del tiempo transcurrido.

»El resultado de una reimplantación es variable, pero existen posibilidades de revascularización y asentamiento dentario.

»Por ello, entendemos que no se agotaron las posibilidades terapéuticas en la visita de Urgencias del paciente, ya que no se intentó la reimplantación de su pieza, con la consiguiente pérdida definitiva de la misma, dejando al paciente a merced de soluciones protésicas, que, dada su edad (7 años), deberá esperar a la finalización del crecimiento para solución odontológica definitiva”.

- Informe del Servicio de Urgencias del Hospital de xxxx1, fechado el 3 de abril de 2007, en el que indica lo siguiente:

“No había cirujano maxilofacial de guardia de presencia física el día de los hechos, dado que no todos los días disponemos de especialista de presencia física.

»Se carecía de radiografía periapical que descartase una fractura alveolar, la cual contraindica el implante.



»El período extraoral era aproximado a una hora y el medio de conservación era en seco, sin las adecuadas condiciones higiénicas, pues fue manipulado con las manos, con la consiguiente contraindicación para la intervención.

»Existe mayor probabilidad de infección de los dientes inmaduros, dadas las condiciones del ápice abierto (6ª contraindicación indicada por Andreasen en el año 2000).

»No hay consenso entre autores sobre la necesidad de implante inmediato, pues el diente puede perderse por infraoclusión (diente con ápice abierto).

»Había necesidad de ferulización para terminar el tratamiento correcto, competencia de otros especialistas que no estaban disponibles y riesgo de broncoaspiración de la pieza dentaria si no existe férula.

»Más de 30 minutos de almacenamiento en seco causa daños severos en el ligamento periodontal.

»El tiempo crítico de almacenamiento en seco es de 18 a 30 minutos (reabsorción radicular), período de tiempo superior en el caso.

»'Andreasen (1995)': 'Dientes con formación radicular incompleta sólo logran la formación completa si el tiempo extraoral en seco es inferior a 45 minutos)'.

»Por último, estamos ante un caso de situación de riesgo vital y neurológico, dada la asistencia del paciente en un Servicio de Urgencias, y precisa de cuidados prioritarios previos a la atención dental".

- Informe de responsabilidad patrimonial de fecha 4 de mayo de 2007, emitido por un Médico Inspector de la Gerencia de Salud de xxxx1, en el que se establecen, las siguientes conclusiones:

"(...) Según el informe de los facultativos de Urgencias del Hospital de xxxx1, el tiempo de permanencia extraoral de la pieza dental era aproximadamente de una hora, su medio de conservación en seco y las



condiciones higiénicas de la misma inadecuadas, por todo lo cual se considera que no estaba indicada la reimplantación dental”.

**Cuarto.-** Concedido el trámite de audiencia, el día 5 de noviembre de 2007 comparece la parte reclamante, a la que se hace entrega de una copia del expediente administrativo. No consta que se hayan presentado alegaciones.

**Quinto.-** Consta en el expediente la interposición, por la parte reclamante, de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación. El día 2 de julio de 2008, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en xxxx2, (procedimiento ordinario 1.859/2008), solicita la remisión del expediente.

**Sexto.-** El 19 de agosto de 2008 el Director General de Administración e Infraestructuras formula propuesta desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada.

**Séptimo.-** El 26 de agosto la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de resolución indicada.

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.

**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 Autónoma 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 mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la también citada Ley 3/2001, de 3 de julio.

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, 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 3.583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3.251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.008/2005, de 1 de diciembre; 1.134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), 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.

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.-** Los interesados han 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".

**6ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. xxxx1 y Dña. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo cccc.

En cuanto al fondo del asunto, a la vista de éste y otros casos similares, resulta necesario fijar un parámetro que permita determinar el grado de



corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Este criterio básico o *lex artis ad hoc* se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. La aplicación de este criterio impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 1986, que marcó el comienzo de considerar generalizada la obligación de medios al declarar que “La naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una «obligación de medios», es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere según el estado actual de la ciencia médica”.

A la luz de este criterio se puede concluir que existe responsabilidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario. La actuación médica correcta constituye así el parámetro para determinar si ha existido desatención, inasistencia o un diagnóstico erróneo, razones que motivarían la asistencia a la medicina privada.

No obstante, la dificultad de la prueba del nexo causal en los procesos de responsabilidad patrimonial sanitaria, motivada por una multiplicidad de concausas a las que puede obedecer el daño sufrido por un enfermo, se acrecienta cuando se trata de lo que puede denominarse *daños pasivos*, esto es, aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo, sino debido a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados o en tiempo oportuno.

En estos casos la prueba directa de la relación de causalidad, con frecuencia, no es posible, dado que la probabilidad de que el daño obedezca a las condiciones preexistentes, edad, situación personal, concurrencia de otros padecimientos del paciente etc., impide alcanzar el necesario umbral de convicción.

La doctrina de la pérdida de oportunidad es una teoría de causalidad probabilística, creada para solucionar estos problemas. Conforme a la misma,





en determinados casos de incertidumbre, es posible afirmar que una actuación sanitaria puede privar al paciente de la expectativa de curación, o simplemente de mejora; expectativas que -bajo determinadas condiciones- deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible establecer la responsabilidad patrimonial por el daño sufrido por el paciente, pero se reduce el montante de la indemnización en razón a la probabilidad de que el daño se hubiera producido, o reducido, de haber actuado aquél diligentemente.

El daño viene así constituido por una expectativa, la oportunidad de curación perdida a consecuencia de la actividad sanitaria establecida en función de la experiencia (denominado "daño intermedio"), y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente ("daño final"), con los que resulta de todo punto imposible establecer un nexo de causalidad, debido a los reducidos umbrales de certeza que los acompañan.

Inicialmente este principio nace para aligerar la prueba de la causalidad, permitiendo tener por acreditado un daño puramente hipotético; pero la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada lo ha transformado en una teoría sobre la valoración o determinación del perjuicio, conforme al incremento o reducción de la indemnización por una mayor o menor probabilidad de los efectos del daño intermedio en el final.

Así, en el derecho anglosajón "la doctrina de la pérdida de oportunidad no se aplica ya sólo para determinar cuál debe ser el *quantum* indemnizatorio, atendiendo a cuál es la oportunidad perdida por el paciente, sino que, principalmente, sitúan la misma en el ámbito de la relación de causalidad. Así, a través de la doctrina de la probabilidad suficiente o probabilidad estadística (*more probable than not*), en virtud de la cual, a la hora de valorar si en un caso concreto concurre o no el requisito del nexo causal, se plantea qué porcentaje de pérdida de oportunidad es necesario para admitir que existe una relación de causalidad entre la acción u omisión médica y el daño sufrido por el paciente o la evolución de su enfermedad. Es decir, lo que viene a plantearse, al amparo de la doctrina de la probabilidad suficiente, es si cualquier pérdida de oportunidad puede considerarse que cumple con el requisito de la relación de causalidad o, por el contrario, debe exigirse una pérdida de oportunidad significativa o apreciable. Por lo tanto, cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa del daño (el acto médico o la patología de base), hay que acudir a la estadística, de tal forma que si la probabilidad estadística de que el daño haya



sido ocasionado por el acto médico es sustancial, sí puede afirmarse que existe nexo causal entre el acto médico y el daño”.

Según vvvvv, es frecuente el estudio de este principio únicamente en sede de daño y no en sede de relación de causalidad, aunque es evidente que “si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición del nexo de causalidad, pues la relación de causalidad entre el acto u omisión médico-sanitaria y el perjuicio hipotético en que consiste la oportunidad perdida será, asimismo, una causalidad hipotética, ya que participa de su misma aleatoriedad o virtualidad”.

Sin embargo, esta doctrina no es pacífica, argumentándose en contra de su uso que:

- Contradice los principios que rigen el ordenamiento jurídico español y, en concreto, la obligación de reparación integral del daño, prevista en el artículo 1.902 del Código Civil, que lleva a rechazar, como regla general, cualquier principio de responsabilidad parcial, sin quebranto de la relación de causalidad.

- Se argumenta, también, que es arbitrario aislar como un daño intermedio la pérdida de oportunidad, dado que lo que en realidad se pretende es regular la configuración de la reparación de un perjuicio final y total.

- Se critica que en la realidad se traduzca en una inversión de la carga de la prueba, dado que cualquier error médico implica una cierta pérdida de oportunidades de curación, lo que se traduciría en una admisión sistemática de las reclamaciones, salvo que el facultativo llegara a probar en cada caso la intrascendencia de aquél, o que el daño se debe a una circunstancia ajena a su actuación, lo que no consiste sino en una inversión encubierta de la carga de la prueba.

- Se utiliza como alternativa en los casos en los que existe imposibilidad de probar la infracción de la *lex artis*

La Memoria del Consejo de Estado del año 2005 se ocupa ampliamente de esta teoría, advirtiendo de que, “en numerosos supuestos de invocación de la pérdida de oportunidad por error de diagnóstico o diagnóstico



tardío (o simplemente por funcionamiento anormal de los servicios sanitarios ajenos a la asistencia médica propiamente dicha, derivados de la inevitable tramitación burocrática que todo sistema sanitario complejo conlleva o de tratamientos que no obtienen el resultado previsto), en realidad lo que hay detrás de la reclamación es o bien una imposibilidad de probar la infracción de la *lex artis* o supuestos claros de falta de infracción de la misma y, ciertamente, el concepto y la funcionalidad de este instituto de la pérdida de oportunidad no puede ni debe convertirse en un instrumento alternativo para evitar el enjuiciamiento de si ha habido o no dicha infracción”.

- Produce una disfunción en la valoración de las indemnizaciones, y arbitrariedades, tanto por su aplicación como por la toma en consideración de las expectativas.

El Consejo de Estado ha puesto de relieve que la definición de los supuestos y sobre todo el método de cálculo de la indemnización de la pérdida de oportunidad puede realizarse de distintas maneras, siendo conveniente que, dado que la indemnización por daños del Sistema Nacional de Salud se basa en principios que deben regirse por el criterio de igualdad, (artículos 149.1.16<sup>a</sup> y 149.1.1<sup>a</sup> de la Constitución), que la fijación de los criterios se realice en una norma de carácter básico.

Por ello, la Memoria del 2005 ya recomendaba el establecimiento, por parte de la Administración Sanitaria, de un baremo de daños sanitarios “que recogiera una cláusula sobre pérdida de oportunidad y cómo debería jugar tanto en cuanto a la apreciación o no del nexo causal como en cuanto al cálculo de los daños, debiendo resaltarse la injusticia (y, en cierto modo, el apartamiento que de la igualdad de los españoles en los derechos básicos establece el artículo 149.1.1<sup>a</sup> de la Constitución) que supone la desigualdad de trato que refleja el estado actual de la doctrina, donde la posibilidad misma de ser o no indemnizado depende de la voluntad o no de los jueces de aplicar criterios estadísticos y la valoración del daño de si la valoración estadística se aplica o no para determinar la cuantía de la indemnización; desigualdad que podría remediarse, al menos en parte, si, con vistas a establecer un baremo de daños sanitarios, se acomete el estudio de cómo la pérdida de oportunidad puede reflejarse en ese baremo”.



El propio Consejo de Estado relata los intentos para regular estos criterios en el tan reclamado por los profesionales sanitarios, baremo de daños médicos -de forma independiente al baremo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y las sucesivas actualizaciones de este sistema por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones-, y tal vez prescindiendo de la elaboración de complejas fórmulas estadísticas -al menos, para juristas- como el teorema de Bayes.

Debe recalcar que en la doctrina de la pérdida de oportunidad se trata de supuestos donde hay una concausa en la producción del desenlace final. Junto a la enfermedad hay una acción u omisión sanitaria que disminuye las posibilidades de curación, sin que pueda saberse con certeza si dichas posibilidades se habrían o no materializado, en el caso de prestarse adecuadamente el servicio sanitario.

Sin embargo, como se acaba de señalar, debe tratarse siempre de una probabilidad sustancial y, en consecuencia, no es suficiente cualquier porcentaje de pérdida. De este modo, si dicho porcentaje es mínimo, no procede declarar la responsabilidad por no concurrir el requisito del nexo causal.

Por ello, la doctrina del mero retraso o equivocación en el diagnóstico no conlleva automáticamente la responsabilidad patrimonial, ni una pérdida de oportunidad, sino que debe siempre valorarse en cada caso concreto si realmente existe y la esencia de la expectativa (es decir, debe valorarse y probarse la posibilidad de que el tratamiento o diagnóstico precoz hubiera alterado el resultado final). El problema radica en que, en último término, siempre hay que hacer un juicio acerca de la probabilidad de curación que el cumplimiento de la *lex artis* habría proporcionado en porcentajes estadísticos. Como apunta el Dictamen 601/2007 de este Consejo Consultivo, "(...) para valorar si ha habido pérdida de oportunidad tal y como manifiesta numerosa jurisprudencia: '(...) debemos acudir a las estadísticas científicas que la cuantifiquen, según la situación planteada, o la estadística, evidentemente abstracta, indica cuál es la oportunidad'".

La estadística no sólo influye en el nexo causal. Teniendo sede en la relación de causalidad, se desarrolla y plasma en el perjuicio y su valoración,



por ello determinada la probabilidad hipotética de curación, la cuantía de la indemnización se acaba fijando conforme a ese mismo porcentaje.

Así, en el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 148/2007, de 16 de febrero, se señala:

“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”.

El Consejo Consultivo de Castilla y León ha venido aplicando en sus dictámenes esta teoría (entre otros, Dictámenes 672/2004, 842/2005; 194 y 388/2006; 93, 142, 148, 443 y 1.000/2007), en los que se acude en primer lugar a la doctrina de la pérdida de oportunidad para valorar si concurre o no la relación de causalidad y, una vez acreditada que la oportunidad perdida es sustancial o apreciable, se aplica para determinar el *quantum* indemnizatorio, ajustando el mismo a la pérdida efectiva sufrida por el paciente, para lo que puede acudirse, entre otros elementos, a la estadística científica.

En otros casos más reducidos en número, (por todos Dictamen 561/2006 para la responsabilidad sanitaria y, en otras esferas, Dictámenes 292/2006, 81 y 655/2007, entre otros, por la pérdida de expectativas procesales por una incorrecta certificación de la naturaleza cinegética de unos terrenos), se usa para la acreditación de la responsabilidad patrimonial situando la teoría únicamente en el ámbito de la relación de causalidad.

En el Dictamen 194/2006 del Consejo Consultivo de Castilla y León, se aplica esta teoría con criterios indemnizatorios, teniendo en cuenta las “probabilidades que existían de que la paciente sobreviviera, de no haber desarrollado la mielitis química consecuencia de la incorrecta administración de la Vincristina”. A diferencia de lo valorado por la propuesta de resolución, tras la petición de un informe médico a la Universidad de Valladolid se concluye al respecto que “(...) la cifra de supervivencia libre de enfermedad del 62% y



supervivencia global entre 51-67%, habría que considerarlas como máxima posibilidad”.

En el referido Dictamen se cita la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2003, que recoge, con un criterio indemnizatorio, un supuesto en el 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”.

En el Dictamen 148/2007, después de manifestar la conformidad con la modulación realizada en el cálculo de la indemnización mediante la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades, se hace una llamada a la prudencia en su aplicación, citando las Sentencias de la Audiencia Nacional, de 15 de octubre de 2003 y de 24 de septiembre de 2003, al valorarse únicamente expectativas:

“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%".

En el Dictamen 388/2006, se aplica la referida doctrina por un error de diagnóstico, poniéndolo en relación con la *lex artis*:

"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".

Sin embargo, en el Dictamen 561/2006 se utiliza únicamente para la acreditación de la responsabilidad patrimonial, no para la valoración del perjuicio. Situando la teoría en el ámbito de la relación de causalidad, se señala que "aunque no es posible imputar a la Administración sanitaria la responsabilidad por el fallecimiento del paciente, sí que puede entenderse que, si se hubiera realizado antes el diagnóstico, la supervivencia podría haber sido algo mayor y/o hubiera podido tener mejor calidad de vida hasta el momento del óbito", pero el cálculo no se realiza por minoración, con criterios estadísticos, sino conforme a la propuesta de resolución, a tanto alzado, "en aplicación de otros fallos judiciales en supuestos similares y de las características del presente caso".

No obstante, debe tenerse presente que en España, a diferencia de otros países de nuestro entorno, no se realiza la publicación oficial de las estadísticas de las indemnizaciones por responsabilidad sanitaria, por lo que -en este contexto jurídico y dada la aplicación general por los operadores jurídicos de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos de Motor- para valorar los daños médicos, se hace necesario cumplir con las reclamaciones de los profesionales sanitarios y con la recomendación realizada por el Consejo de Estado, de establecer un baremo específico de los daños sanitarios con el carácter de legislación básica.

Al respecto, el referido Dictamen 561/2006 cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 1 de febrero de 2006, que mantiene:



“La parte actora basa su cantidad en los baremos de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos de Motor, que, aquí, sólo puede ser aplicada indiciariamente, al tratarse de supuestos diferentes. Pero es que, en este proceso, no se dan los elementos que justifican la aplicación de esos baremos, en virtud de lo que acabamos de exponer y la cantidad final debe ser establecida alzadamente, ponderando todo lo ocurrido, lo que conduce a finalizar diciendo que la suma que consta en la resolución administrativa es correcta”.

**7ª.-** Entrando a examinar el fondo del asunto, el principal problema que suscita el expediente se refiere a la existencia de nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño alegado; extremo que corresponde acreditar al interesado, de acuerdo con el principio general sobre carga de la prueba contenido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con lo que, más específicamente para el régimen de la responsabilidad objetiva de la Administración, dispone el artículo 6.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, que establece:

“En la reclamación se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”.

Quiere ello decir que los reclamantes deben probar los hechos constitutivos de su pretensión indemnizatoria, mientras que a la Administración corresponde, en su caso, la prueba de los hechos que excluirían la existencia de responsabilidad.

Este Consejo Consultivo viene destacando que, siendo la relación de causalidad requisito esencial y soporte lógico de la responsabilidad patrimonial, los interesados tienen la carga de acreditarla, de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*. De ello se deduce que la Administración, en un correcto entendimiento de la distribución del *onus probandi* acorde con el principio general de buena fe, debe adoptar una postura que facilite el esclarecimiento de los hechos relevantes para la decisión del procedimiento.





A pesar de que se hayan rebajado en cierta medida las exigencias de la acreditación por parte del administrado de la existencia de nexo causal, lo cierto es que no es suficiente alegar simplemente su concurrencia, sino que es preciso exigir al reclamante que aporte, al menos, un indicio de prueba.

En este sentido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de noviembre de 2004, indica: "(...) el motivo ha de ser rechazado ya que se fundamenta exclusivamente en la responsabilidad objetiva de la Administración, sin tener en cuenta que, como correctamente la Sala de instancia precisa, es necesario acreditar la relación de causalidad entre el daño padecido y la actuación administrativa excluyéndose, por tanto, de indemnización los casos en que, como en el de autos, la lesión padecida obedezca a causas endógenas del paciente y no a la actuación hospitalaria, pues ello determina la inexistencia de la relación causal exigible, conforme al artículo 139 de la Ley 30/92 (...)".

Trasladando las anteriores consideraciones al expediente ahora examinado y teniendo en cuenta los informes médicos coincidentes, se puede concluir que no ha quedado acreditado por la parte interesada la defectuosa asistencia sanitaria.

En el caso sometido a dictamen, no hay prueba suficiente para considerar que hubo una mínima desatención que pudiera devenir en responsabilidad por el resultado o por la pérdida de oportunidades asistenciales. Los informes de la Inspección Médica y de los diferentes doctores no permiten sustentar que el paciente fuera atendido de forma incorrecta, o que en su tratamiento se hubiera vulnerado la *lex artis*.

En el presente procedimiento, la cuestión a dirimir es si la decisión de no reimplantar la pieza dental por parte del Servicio de Urgencias fue una decisión correcta y determinante de la pérdida de dicha pieza dental, como aseguran los reclamantes en su escrito, o si la intervención sobre el mismo hubiera tenido alguna eficacia, o -por el contrario- si la pérdida del diente se habría producido irremediablemente, aunque la actuación hubiera sido otra, puesto que el reimplante ya no era posible en las circunstancias en las que se encontraba la pieza.



Poco se puede añadir al exhaustivo razonamiento que realiza la propuesta de resolución. El debate recae sobre el estado en el que se encontraba la pieza dental, dado que conocer si la misma estaba en condiciones adecuadas para poder ser reimplantada determinaría la existencia de responsabilidad patrimonial. La Administración considera que el tiempo transcurrido desde el traumatismo fue excesivo, y que el medio en el que fue transportada la pieza era inadecuado. La parte reclamante refiere que la rotura se produjo sobre las 22 horas, no haciendo referencia al estado del diente y el medio en el que fue transportado. En el informe de los facultativos del Servicio de Urgencias se señala que, cuando fue atendido ccccc, el "período extraoral era aproximado a una hora y el medio de conservación era en seco, sin las adecuadas condiciones higiénicas, pues fue manipulado con las manos, con la consiguiente contraindicación para la intervención". Por ello, teniendo en cuenta que fueron los facultativos de urgencias los únicos que pudieron valorar el estado del diente, dado que el paciente acudió a un odontólogo privado aproximadamente dos meses después, se puede suponer que la pieza no estaba en condiciones para su reimplante, dado el tiempo transcurrido, el estado de conservación y las condiciones higiénicas.

Debe tenerse presente que los informes de los facultativos que aportan los reclamantes al expediente, no incorporan información respecto al tiempo durante el cual el diente transportado en seco se considera apto para el reimplante, ni sobre las condiciones de conservación del mismo que se consideran idóneas para realizar el reimplante con éxito.

A la vista de lo expuesto, no puede afirmarse que haya existido denegación de asistencia sanitaria, ni pérdida de oportunidades médicas. Lo que ha tenido lugar, como acertadamente señala la propuesta de resolución, es un abandono voluntario del sistema público sanitario por parte de los reclamantes, "quienes prefirieron someter al niño, una vez que cumplió la edad recomendada, a una intervención realizada por un médico privado, opción que, si bien es perfectamente legítima, no justifica que sus gastos sean soportados por la Administración Pública, en tanto que no se aprecia la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre los gastos soportados y el funcionamiento del servicio público sanitario".

A mayor abundamiento, haciendo referencia a la publicación del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) -"La Pérdida de Oportunidad en las



Reclamaciones y Sentencias de Responsabilidad Patrimonial. Aspectos Médicos, Jurídicos y jurisprudenciales"-, en ella se realiza un estudio jurisprudencial de la teoría por enfermedades y especialidades, en el que se puede leer:

“Una de las cuestiones que con más frecuencia lleva a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad es la relativa a los reimplantes de miembros amputados o piezas dentales avulsionadas de manera traumática.

»Es conocida la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998 en la que, paradigmáticamente, se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad, sin relacionar la conducta negligente de la enfermera con el fracaso del implante, sino con la pérdida de expectativas:

»‘Sin embargo, del relato de hechos probados esta Sala deduce que la actuación de la enfermera demandada D.<sup>a</sup> Nuria no fue todo lo diligente que las circunstancias imponían, porque sabiendo como sabía (confesión judicial) lo importante que era que el miembro amputado no estuviera conservado más que con hielo natural y nunca sintético, al apercibirse del cambio de caja no comprobó este fundamental extremo para que por lo menos no se perdieran las posibilidades de un reimplante eficaz, tanto más cuando aquel cambio lo hizo un tercero sin orden o mandato de ella. Así no podía estar razonablemente segura de que el miembro seguía conservado en hielo natural. Ahora bien, existiendo esa conducta negligente sin malicia desde el punto de vista profesional, lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación, dependiente de una multitud de factores, pronóstico que agrava el perito si la máquina que amputó la mano estaba a alta temperatura. En suma, pues, a la demandada D.<sup>a</sup> Nuria no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas’.

»El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en Sentencia de 26 de abril de 2004, desestima la reclamación planteada por los padres de una menor que había sufrido una caída fortuita con traumatismo en el labio superior y arrancamiento de un diente incisivo, los cuales se trasladaron con la menor a



urgencias del hospital de referencia, con el diente envuelto en gasas, siendo atendidos por el médico de urgencias, que les indicó que acudieran a odontólogo al día siguiente y que tomara analgesia. El diente no pudo ser reimplantado. Señala la Sala que 'En todo caso no se ha acreditado que los daños sean reales y efectivos sino hipotéticos al no acreditarse si las condiciones en que se conservó el diente eran las adecuadas, además de las circunstancias necesarias de tiempo, por lo que no acreditándose todas las condiciones necesarias para el éxito del implante, no puede tenerse el daño como real y efectivo, sino como hipotético'.

»En definitiva, en estos supuestos, no estando garantizado el éxito del reimplante, las supuestas negligencias cometidas no son la causa del fracaso del reimplante, sino una pérdida de oportunidad en relación al éxito del mismo".

Para que la expectativa sea indemnizable, conforme a la teoría de la pérdida de oportunidades, debe tratarse de una probabilidad sustancial y, en consecuencia, no es suficiente cualquier porcentaje de reimplantación o pérdida. De este modo, si el porcentaje es mínimo, como parece ocurrir en el presente supuesto, no procede declarar la responsabilidad por no concurrir el requisito del nexo causal. Por tanto, este Consejo comparte el sentido desestimatorio de la propuesta elaborada por la Consejería de Sanidad.

**8ª.-** Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y constando que los interesados han 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.

### **III CONCLUSIONES**

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



**CONSEJO  
CONSULTIVO**  
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx1 y Dña. xxxx2 debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, cccc, en el Complejo hhhh1 de xxxx1.

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