



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 29 de marzo de 2012, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx1 y Dña. xxxx2, en su propio nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria de D. xxxx5, 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 27 de febrero de 2012 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 D. xxxx1 y Dña. xxxx2, en su propio nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria constituida con sus hermanos D. xxxx3 y D. xxxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hermano, ya fallecido, D. xxxx5.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 7 de marzo de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 156/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Velasco Rodríguez.



Primero.- El 20 de enero de 2010 D. xxxx1 y Dña. xxxx2, en su propio nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria constituida con sus hermanos D. xxxx3 y D. xxxx4, presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido al fallecimiento de su hermano, D. xxxx5, el día 10 de octubre de 2009 a los 80 años de edad.

En su escrito expone que "(...) se utilizó mal la *praxis* y se infringió la *lex artis* puesto que con motivo de una colecistomía programada se perforó punzándole en el intestino delgado, produciéndose la peritonitis; punción y perforación que al llevarse a cabo el mismo día de la primera intervención, es decir el día 5, y debió ser evitada y no lo fue, por mala *praxis* en la colecistomía, e infracción de la *lex artis*, lo que da origen a la responsabilidad patrimonial.

»Además, tal perforación y la consiguiente peritonitis se diagnosticó muy tardíamente, precisamente a través de la segunda intervención quirúrgica el día 9 (...)

»(...) peritonitis que desencadenó un proceso que llevó al fallecimiento del paciente el día 10 (...)"

Solicita una indemnización de 163.870 euros, que resulta de multiplicar (dada la condición de beneficiario de pensión de Clases Pasivas del Estado del fallecido) la pensión máxima que percibía de 2.341 euros por 14 mensualidades y una vida media de 85 años "lo que hoy en día puede considerarse normal" por cinco años de la pensión (14 mensualidades) máxima (2.341 euros) que estaba cobrando el fallecido, partiendo de una vida media de 85 años.

Aporta acta de protocolización de testamento ológrafo.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica de la paciente, informe del Jefe del Servicio de Cirugía General del Hospital hhhh de 3 de marzo de 2010, informe del Especialista del Servicio de Cirugía y Aparato Digestivo del Hospital hhhh de 15 de marzo de 2010, dictamen de valoración del daño corporal realizado a instancia de la compañía aseguradora de la Administración y el informe de la Inspección Médica de 12 de abril de 2010.



Tercero.- Concedido trámite de audiencia, el 12 de abril de 2011 la parte reclamante presenta alegaciones en las que reitera su pretensión y manifiesta su disconformidad con la valoración del daño corporal realizada a instancia de la compañía aseguradora de la Administración.

Cuarto.- El 16 de noviembre la Asesoría Médica de Aon emite dictamen médico pericial en el que considera que se ha producido un retraso diagnóstico.

Quinto.- Concedido nuevo trámite de audiencia, el 7 de diciembre la parte reclamante presenta alegaciones en las que reiteran de nuevo la pretensión inicialmente deducida.

Sexto.- El 27 de diciembre de 2011 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden en la que se estima parcialmente la reclamación y se reconoce el derecho de la parte reclamante a percibir una indemnización de 22.812,41 euros.

Séptimo.- El 2 de febrero de 2012 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente dicha propuesta.

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

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

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

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen



Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (20 de enero de 2010) hasta que se formula la propuesta de orden (27 de diciembre de 2011). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.

3ª.- Concurren en la parte interesada 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.

Los interesados reclaman en su propio nombre y en el de la comunidad de herederos formada tras el fallecimiento de su hermano. A este respecto, si bien no se ha acreditado la representación con la que se actúa, la Administración les reconoció suficiente legitimación para actuar en interés de la comunidad de herederos. Por otra parte, la doctrina jurisprudencial ha aceptado que un comunero pueda ejercer acciones en beneficio de la comunidad y el resultado de dichas acciones aprovechará a todos los comuneros, pero no les perjudicarán los daños que puedan ser causados.

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 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 se pueda producir.



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

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

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

La dificultad de prueba del nexo causal en procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que hay multiplicidad de causas y causantes



de los daños se acrecienta cuando se trata de lo que la doctrina denomina “daños pasivos”, o daños que no son consecuencia de una acción directa del facultativo, sino que son debidos a errores de diagnóstico 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, el Consejo Consultivo de Castilla y León, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, ha analizado lo que se ha venido a denominar “teoría de la pérdida de oportunidades” (pérdida de oportunidades terapéuticas). Se trataría de la valoración de la responsabilidad por la disminución o merma de oportunidad de curación, o de minoración de las secuelas, para singularizar aquellos procedimientos en que, por la omisión de una prueba analítica o técnica, de un tratamiento o procedimiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un determinado medicamento más completo, o simplemente por un excesivo retraso, se ha privado al paciente de una posibilidad de curación. En tales casos, al partir de un quebranto de la *lex artis*, debe valorarse el perjuicio de forma proporcional a la pérdida de dicha oportunidad.

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

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



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

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

La presente reclamación se basa en la incorrecta praxis de la intervención de colecistectomía laparoscópica a la que fue sometido el paciente, y a la insuficiencia del seguimiento postoperatorio que ocasionó su muerte, por lo que habrá que valorar si la asistencia prestada al interesado fue suficiente y resulta ajustada a las exigencias de la *lex artis*, así como si las omisiones producidas condicionan el resultado final.

La colecistectomía laparoscópica, a la que fue sometido el paciente el día 5 de octubre de 2009, es la técnica de elección para la cirugía de la coleditiasis, considerada un procedimiento quirúrgico seguro y con escasa morbi-mortalidad.

El dictamen médico pericial emitido el 16 de noviembre de 2011 señala que “La cirugía practicada al paciente se realizó sin que se apreciara, durante la misma, la existencia de complicaciones por parte del cirujano (...)”. No consta en la documentación obrante en el expediente (y así lo pone de manifiesto el informe de la Inspección Médica) la existencia de infracción de la *lex artis* en la práctica de la primera intervención quirúrgica.

D. xxx5 sufrió una complicación –peritonitis- que constituye uno de los riesgos posibles de la intervención quirúrgica a la que fue sometido, tal y como consta en el consentimiento informado firmado por el paciente.



El citado dictamen médico pericial indica expresamente que “El fallecimiento del paciente se desencadenó por una complicación posible de este tipo de cirugía”. No obstante, a pesar de que el paciente fallece por peritonitis, y que constituye un riesgo posible de la intervención a la que se vio sometido, no puede dejar de considerarse que en el fallecimiento influye el retraso diagnóstico de la peritonitis. El meritado informe señala al respecto que el fallecimiento se vio favorecido, no solamente por el mal estado previo del paciente, sino también por el retraso en el diagnóstico y tratamiento debido.

A la vista de lo expuesto se considera que se ha producido un retraso diagnóstico desde que se evidencia la existencia de sintomatología compatible con la complicación de peritonitis sufrida tras la primera operación, realizada el día 5 de octubre de 2009, hasta que finalmente se decide realizar una laparotomía exploradora con carácter urgente, al comprobar la existencia de una gran peritonitis purulenta por perforación puntiforme en borde mesentérico de íleon con plastrón perilesional, que finalmente produce la muerte del paciente el día 10 de octubre de 2009.

El informe de 16 de noviembre de 2011 concluye que “se debe estimar la reclamación valorándola como una pérdida de oportunidad dada la alta mortalidad de esta complicación cuando se da en pacientes con pluripatología como es el caso”.

La consecuencia del retraso diagnóstico imputable a la Administración Sanitaria, supone que el paciente perdió las oportunidades de haber sobrevivido que hubiera tenido si, de haber obtenido un diagnóstico correcto se hubieran seguido los tratamientos que, conforme a los parámetros de la *lex artis*, hubieran resultado procedentes.

En definitiva, hay grandes probabilidades de que la actuación médica tardía o incorrecta le haya privado de las posibilidades estadísticas que tenía de curación o de que su enfermedad hubiera evolucionado de forma distinta. El paciente tuvo una pérdida de oportunidad ante la ausencia de una atención sanitaria adecuada a su dolencia. Cuestión aparte es el porcentaje de responsabilidad que corresponda a la Administración Sanitaria, pues es evidente que, por mucho que se hubiese intervenido al paciente de modo inmediato, no podía asegurarse su supervivencia, dado el estado en el que se encontraba.



No es sencillo señalar las posibilidades de supervivencia del paciente en el supuesto de que el diagnóstico y tratamiento hubieran sido correctos, el único informe en el que se determina la posibilidad de supervivencia es el dictamen de valoración de daño corporal emitido por la compañía aseguradora de la Administración, que señala que “la pluripatología que presentaba el paciente condicionaba un riesgo de mortalidad del 49,7% aunque se hubiera intervenido antes”. La situación clínica presentada por el paciente lleva a considerar equitativa, siempre que se avale por un informe técnico-científico, la reducción de la indemnización procedente en torno a un 49,7 %, que se corresponde con la minoración que en relación con la pérdida de oportunidad supone, la situación de riesgo vital que, debe asumir el paciente y que no constituye un daño antijurídico.

6ª.- Para la valoración de la indemnización procedente, la Administración ha tomado en cuenta la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y la actualización de este sistema por Resolución de 31 de enero de 2010 de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones.

La parte reclamante no está de acuerdo con la utilización del baremo indemnizatorio señalado y no cabe duda de que existen argumentos en contra de su empleo; sin embargo, la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado en Sentencias como la de 17 de julio de 2007 que “pese a las críticas recibidas, el denostado sistema de baremos presenta, entre otras, las siguientes ventajas: 1ª.- Da satisfacción al principio de seguridad jurídica que establece el art. 9.3 de la Constitución, pues establece un mecanismo de valoración que conduce a resultados muy parecidos en situaciones similares. 2ª.- Facilita la aplicación de un criterio unitario en la fijación de indemnizaciones con el que se da cumplimiento al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. 3ª.- Agiliza los pagos de los siniestros y disminuye los conflictos judiciales, pues, al ser previsible el pronunciamiento judicial, se evitarán muchos procesos. 4ª.- Da una respuesta a la valoración de los daños morales que, normalmente, está sujeta al subjetivismo más absoluto”.

No obstante, se aprecia alguna inexactitud en el cálculo efectuado por la Administración. Es preciso indicar que en la aplicación del Grupo V de la Tabla I, que se corresponde con este supuesto, debe tenerse en cuenta que la edad del paciente en el momento de fallecimiento es de 80 años y no de 81.



Resultaría necesario, por otra parte, actualizar el *quantum* indemnizatorio al momento de dictar la resolución. No obstante, tanto si se toma como base la actualización de este sistema en el año de producción del siniestro, como la actualización de acuerdo con la Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, la cuantía sería la misma.

En este caso, al tratarse de una víctima solamente con hermanos, ninguno de ellos menor de 25 años, le corresponde a un solo hermano 27.864,70 euros, y por cada otro hermano 9.288,23 euros, por lo que al ser tres hermanos, resultan otros 27.864,69 euros, lo que hace un total de 55.729,39 euros.

Aplicada la reducción de la indemnización procedente en un 49,7 %, que se corresponde con la minoración en relación con la pérdida de oportunidad, les corresponde una indemnización de 28.031,90 euros, cantidad a repartir entre los cuatro hermanos del fallecido.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 28.031,90 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx1 y Dña. xxxx2, en su propio nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria constituida con sus hermanos D. xxxx3 y D. xxxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hermano, ya fallecido, D. xxxx5.

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