



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero y  
Ponente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de septiembre de 2012, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, en su propio nombre y en representación de sus hijos cccc y cccc1*, 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 29 de agosto de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, en su propio nombre y en representación de sus hijos, cccc y cccc1, debido los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su esposo D. xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 3 de septiembre de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 546/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Rey Martínez.

**Primero.-** El 8 de octubre de 2010 Dña. xxxx, en su propio nombre y en representación de sus hijos cccc y cccc1, presenta una reclamación de



responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Sanidad, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue dispensada a su esposo D. xxxx1.

Con carácter previo a la exposición de los hechos en que basa su reclamación, denuncia que, a pesar de solicitar copia completa de la historia clínica de su esposo, relativa a la asistencia dispensada en los diferentes centros a los que acudió, no se le ha remitido de forma completa.

Expone en su escrito que el 13 de abril de 2009 su esposo ingresa en el Servicio de Urgencias del Hospital de hhhh (xxxx1) al que acude por presentar inflamación en la lengua que le impide hablar y tragar, con proceso febril. Detectada una tumoración blanquecina, se le pauta tratamiento con antibióticos y el 16 de abril se le da de alta con diagnóstico de "neoformación mandibular a estudio. Disfagia" y se le informa que la única solución, una vez realizada RNM, sería efectuar una operación para extirpar la tumoración detectada en la boca, por lo que se tendría que realizar las pruebas preoperatorias.

En los últimos días del mes abril y primeros del mes de mayo se le practican las pruebas preoperatorias, de las que no se le comunica anomalía alguna en sus resultados, y quedan pendiente de la intervención.

En julio de 2009 acude de nuevo al médico de Atención Primaria por dolores en el ano, donde se le diagnostica hemorroides, si bien al no remitir los dolores acude a la Clínica hhhh1 de xxxx1; se le remite a xxxx2, donde se le comunica que lo que padece es un tumor en el colon. Practicado ingreso en Urgencias del Hospital de hhhh, al comprobarse los resultados de las pruebas de mayo se detecta que el paciente no podía ser intervenido del tumor en la boca al presentar posible enfermedad en la sangre, por lo que se acuerda su ingreso en el Servicio de Hematología, con diagnóstico de "fiebre en paciente con pancitopenia. leucopenia con neutropenia moderada. anemia hipocrómica microcítica. Trombocitopenia".

Efectuado el ingreso el 11 de agosto de 2009 y tras la práctica de diferentes pruebas, se diagnostica de nuevo al paciente con "leucemia aguda mieloblástica con displasia multilínea", y además, como diagnóstico secundario un "absceso peritonal por *Stenotrophomonas maltophilia*". Dado de alta en dicho Servicio el 18 de septiembre de 2009 el día 21 se propone su ingreso.



Tras recibir dos ciclos de quimioterapia, el estado del paciente empeora y el 1 de octubre es ingresado. El día 8 comienza proceso febril muy alto, por lo que se le traslada a la UCI y el día 9 de octubre se produce el *éxitus* por "shock séptico con aplasia medular postQT, probable neumonía basal izquierda".

Concluye en su escrito que, tras presentar la oportuna reclamación por falta de información del deficiente resultado de las pruebas preoperatorias, recibe respuesta en la que se le indica que "Su reclamación ha sido remitida al Jefe del Servicio de Anestesiología quien nos comunica que la analítica practicada en el estudio preoperatorio presentaba una alteración que pasó desapercibida por no quedar reflejada en el programa informático y la información que se le dio se refería a los parámetros que sí estaban reflejados en dicho programa y que las alteraciones no afectaban de forma significativa al acto anestésico".

El 19 de agosto la reclamante recibe nuevo escrito en los siguientes términos: "(...) esta Gerencia de Salud de Área ha estimado, que dados los hechos que en la misma se constatan, puede usted iniciar un expediente de responsabilidad patrimonial".

Considera, en definitiva, que el retraso en el diagnóstico ha privado a su marido de una esperanza de vida y la eventualidad de haber sobrevivido a la enfermedad. Reclama por ello una indemnización de 20.000 euros para ella.

Adjunta a su reclamación copias del certificado de defunción, del Libro de Familia, de la solicitud de la historia clínica del paciente y diversa documentación clínica.

**Segundo.-** Al expediente se incorpora, además de la historia clínica:

- Informe del Jefe del Servicio de Anestesia del Hospital de hhhh de xxxx1 de 9 de mayo de 2011.

- Informe del Otorrino del Hospital hhhh que atendió al paciente de 11 de mayo de 2011.



- Informe del Jefe de Hematología y Hemoterapia del mismo Hospital de 12 de mayo de 2011.

- Informe de la Inspección Médica de 14 de junio de 2011 en el que se concluye: "Por todo lo actuado y lo expuesto se considera que el hecho de pasar desapercibidos los resultados de la analítica de mayo de 2009 supuso la pérdida de oportunidad a D. xxxx1 de diagnosticar una enfermedad hematológica y de hincar el tratamiento correspondiente, no pudiéndose afirmar si el resultado final hubiera sido diferente ya que las pautas de tratamiento que se aplican siempre producen importantes efectos secundarios que pueden ocasionar la muerte".

- Dictamen estimatorio del daño corporal en fallecimiento, efectuado por la compañía aseguradora del Sacyl, de 2 de enero de 2012.

**Tercero.-** Concedido trámite de audiencia, el 20 de febrero la reclamante presenta un escrito en el que se reitera su pretensión y la cuantía indemnizatoria solicitada y denuncia la tardanza en la remisión del informe de la Inspección Médica, lo que le ha obligado a plantear recurso contencioso-administrativo.

**Cuarto.-** Consta en el expediente haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación.

**Quinto.-** Previo requerimiento instruido al efecto, al haberse detectado la mayoría de edad de uno de los hijos de la reclamante, el 9 de marzo D. ccc presenta escrito en el que suscribe y ratifica la reclamación y escritos presentados por su madre.

**Sexto.-** El 20 de marzo el Jefe del Servicio de Inspección de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación por importe de 44.119,12 euros.

**Séptimo.-** El 23 de julio de 2012 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad emite informe favorable sobre 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 Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.f) del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

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

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (8 de octubre de 2010) hasta que se formula la propuesta de orden (20 de marzo de 2012). 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 reclamante los requisitos de capacidad y legitimación recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.



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

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

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

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

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

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

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

**5ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por Dña. xxxx, en su propio nombre y en representación de sus hijos cccc y cccc1, debido los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su esposo D. xxxx1.

Este Consejo comparte en lo fundamental el criterio de la propuesta de orden del Jefe del Servicio de Inspección, que conduce a estimar parcialmente la reclamación de la interesada.

Como ya ha puesto de manifiesto este Órgano Consultivo en Dictámenes emitidos en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por la existencia de un diagnóstico erróneo (así, Dictámenes 653/2005, de 15 de noviembre, y 871/2005, de 13 de octubre), "la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad de carácter objetivo en la que la teoría de la *lex artis* constituye desde hace años un límite preciso a dicho sistema. Esta teoría se ha ido perfilando por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 82/2002, 3.657/2002 o 3.623/2003). Parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es, en general, una obligación de medios -recordamos aquí el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que generaliza tal criterio, Sentencia de 26 de mayo de 1986-, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración sanitaria y sus agentes están 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* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamiento no quirúrgico y de diagnóstico".



A su vez, según la doctrina del Consejo Estado, el cumplimiento de la *lex artis* en relación con las actuaciones de diagnóstico debe tomar en consideración, entre otras circunstancias, los síntomas manifestados por el paciente (Dictámenes números 1.698/1999, 1.012/2003 y 3.044/2003), el carácter especializado o no de la asistencia médica que se prestó o debió prestarse (dictamen número 394/2002), incluyendo en su caso la remisión a un facultativo especialista (dictamen número 1.012/2003), así como los medios materiales disponibles o cuya disponibilidad razonablemente cabe exigir (Dictámenes números 3.049/1999, 394/2002 y 1.012/2003).

La teoría expuesta justifica que se realicen las actuaciones necesarias y razonables en función de los conocimientos técnicos de cada momento, dirigidas a intentar obtener un diagnóstico correcto, para aplicar posteriormente la terapia adecuada.

Con motivo del examen de algunas responsabilidades patrimoniales sanitarias, el Consejo Consultivo, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, ha analizado supuestos de 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, partiendo de un quebranto de la *lex artis*, debe valorarse el perjuicio de forma proporcional a la pérdida de dicha oportunidad.

Así, este Consejo Consultivo se ha pronunciado sobre la pérdida de oportunidades terapéuticas (Dictámenes 672/2004, 842/2005, 194/2006, 388/2006, 561/2006, 93/2007 y 148/2007; e indirectamente en otros muchos casos).

La teoría debe ser aplicada con precaución, teniendo presente la dificultad probatoria y la obtención de criterios objetivos. 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 sólo 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”.

**6ª.-** En el caso sometido a dictamen, la asistencia prestada al paciente en el Hospital de hhhh, -donde no se apreciaron las alteraciones hematológicas que el paciente presentaba- supusieron una pérdida de oportunidad. Sin embargo, no puede decirse que la actuación de la Administración, aunque contraria a la “*lex artis*”, haya sido la única responsable del resultado producido, ya que un tratamiento médico correcto podría no garantizar la progresión de la leucemia y el fatal desenlace se habría producido igualmente.

En palabras de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2003, que se refiere a la llamada pérdida de oportunidades, “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”.



El daño vendrá así constituido por la oportunidad de curación perdida o retrasada como consecuencia de la errónea actividad sanitaria -el denominado por el derecho comparado daño intermedio-, nunca por los perjuicios totales sufridos por el paciente -daño final-, dado que con ellos no hay posibilidad de establecer un nexo causal.

Establecida la existencia de un nexo causal, directo y preciso entre la actuación de la Administración Sanitaria y el "daño intermedio" sufrido por el paciente -que éste no tiene el deber jurídico de soportar- puede considerarse que la inadecuación a la "*lex artis*" de la asistencia sanitaria prestada al paciente genera el deber de la Administración de indemnizar los daños y perjuicios causados.

**7ª.-** En cuanto al importe de la indemnización a abonar por la Administración, la propuesta de resolución prevé estimar parcialmente la reclamación presentada por importe de 440.119,12 euros y, atiende para ello a lo mantenido por la jurisprudencia, al baremo recogido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, de la Ley sobre responsabilidad civil y del seguro en la circulación de vehículos de motor y a las circunstancias concretas del caso y se minora dicha cantidad conforme al índice de supervivencia del paciente en el caso de que se hubiera llegado al diagnóstico correcto en un primer momento.

Este Consejo considera adecuada dicha cantidad, ya que el sistema de valoración global aplicado ha sido reconocido en otros fallos judiciales dictados en supuestos similares. Todo ello sin perjuicio de que el importe de la indemnización se actualice a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**8ª.-** Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar 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.



### **III CONCLUSIONES**

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 44.119,22 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxx, en su propio nombre y en representación de sus hijos cccc y cccc1, debido los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su esposo D. xxxx1.

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