



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 21 de enero de 2016, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx*, 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 21 de diciembre de 2015 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, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 505/2015, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa su ampliación, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

Primero.- El 29 de agosto de 2014 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

La reclamante señala que acudió a su médica de cabecera repetidamente cuando notó que su tránsito intestinal no era normal, que tenía escozor en el recto con pérdida de sangre y malestar general. La facultativa de Atención Primaria, sin exploración alguna, diagnostica almorranas internas. A la semana siguiente volvió a consulta y, sin el preceptivo examen, se le dijo que se trataba de un cólico de gases. Ante la persistencia de las molestias fue examinada por un facultativo del Centro Médico de Especialidades hhh1, quien mediante un simple palpo rectal detecta un trombo, por lo que se programa una colonoscopia a los 3 meses.

Llegada la fecha de la colonoscopia, en el Hospital hhh2 de xxxx1 se decide realizar una biopsia del trombo sin hacer la prueba, y se le diagnostica un pólipo en el colon. Intervenida de urgencia se le confirma que padece un cáncer de colon.

Considera que ha habido una pérdida de oportunidades terapéuticas por el retraso en el diagnóstico de su tumor, al no haberse realizado las pruebas diagnósticas adecuadas en tiempo.

No cuantifica la indemnización solicitada.

Segundo.- El 5 de septiembre se admite a trámite la reclamación y se nombra instructor del procedimiento, que es sustituido el 14 de octubre.

Tercero.- Al expediente se han incorporado, además de la historia clínica, informes de la médico de Atención Primaria interviniente de 24 de enero de 2014, del Jefe de Servicio de Cirugía General del Hospital hhh2 de xxxx1 de 4 de diciembre de 2014, de la Jefa de Sección de Aparato Digestivo del referido centro hospitalario de 23 de diciembre de 2014, de la Inspección Médica de 18 de febrero de 2015, dictamen médico pericial e informe médico pericial de valoración de daños, ambos emitidos a instancia de la aseguradora de la Administración el 30 de marzo de 2015 y el 26 de junio de 2015, respectivamente.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia a la reclamante, el 6 de agosto de 2015 comparece Dña. yyyy, en nombre y representación de la reclamante, y obtiene copia parcial de expediente. El 19 de agosto presenta un escrito el que cuantifica la indemnización solicitada en 137.103,86 euros.

Adjunta poder acreditativo de la representación y un informe médico legal.

Quinto.- El 24 de agosto la Inspección Médica se ratifica en su informe anterior.

Sexto.- El 20 de octubre se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación presentada, en la que se le reconoce una indemnización por daño moral, calculada a tanto alzado, de 20.000 euros.

Séptimo.- El 1 de diciembre de 2015 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

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

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 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.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

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

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (29 de agosto de 2014) hasta que se

formula la propuesta de orden (20 de octubre de 2015). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder a los reclamantes, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por 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 doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

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

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

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

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

e) Ausencia de fuerza mayor.

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

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

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, conviene tener presente que 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, estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad; de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

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

En el supuesto planteado, los informes obrantes en el expediente muestran que existió un retraso de 6 meses en el diagnóstico de la tumoración que padecía la paciente y que tal demora ha traído como consecuencia una pérdida de oportunidad terapéutica de la que debe responder el servicio público de salud. Así lo consideran tanto la Inspección Médica, como el dictamen pericial de la compañía aseguradora de la Administración.

En este sentido, el dictamen pericial concluye que se fue poco diligente en el diagnóstico y que el retraso tuvo relevancia: "Desde los primeros síntomas, que se debería haber descartado un tumor, hasta la intervención transcurrió un tiempo que en algún grado influyó en la evolución posterior".

En consecuencia, la situación expuesta permite afirmar que, en este caso, un diagnóstico y tratamiento más temprano de la enfermedad podía haber determinado un resultado más favorable para la salud de la paciente, circunstancia que fundamenta la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por el daño causado.

6ª.- Sin perjuicio de lo expuesto hay que considerar, no obstante, que 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, 105/2010, 156/2012, 619/2013, 35/2014, 230/2015, 294/2015 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”.

En el presente caso, no puede cuantificarse con exactitud el efecto de la pérdida de oportunidad terapéutica sobre la evolución final de la enfermedad, ni la medida que dicha pérdida de oportunidad tiene sobre el pronóstico. No es posible verificar el estadio inicial del tumor, dado que no puede conocerse el punto de partida exacto, al no haberse estudiado a la paciente en el momento preciso de una forma completa.

El informe pericial presentado por la reclamante sitúa la pérdida de oportunidad en un 58% al considerar un cambio de estadiaje IIIb a IV. Por su parte, la compañía aseguradora de la Administración considera que la pérdida es de un 40%, al considerar implícitamente el cambio de un IIIc a un IV. Esta discrepancia, no obstante, no impide reconocer que se ha producido un daño de muy difícil valoración que la jurisprudencia sitúa dentro del daño moral, al no ser posible aplicar un criterio estrictamente porcentual sobre una repercusión en su supervivencia que, afortunadamente, no se ha materializado.

Se acoja un porcentaje u otro, el problema consiste en valorar unos daños que el baremo recogido en la normativa de seguros para las víctimas de accidentes de tráfico no recoge expresamente. No se contempla el valor de la propia vida o la expectativa de perderla -únicamente se recogen indemnizaciones para familiares- ni el daño que supone el avance de una enfermedad como la que padecía la reclamante. En el baremo se indemniza a

un tercero por los perjuicios que le produce la muerte de otra persona y en el presente caso se trata de valorar los daños que soporta la propia persona por la pérdida de expectativas de su vida. Por lo tanto, la indemnización no viene contemplada en el baremo y debe tenerse en cuenta para su fijación los daños morales, el sufrimiento que esa situación conlleva para la perjudicada y la afectación en todos los órdenes de la vida.

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

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

Por ello, de conformidad con el criterio recogido en el Dictamen de este Consejo Consultivo 619/2013, de 12 de septiembre, para un caso semejante, se considera adecuado indemnizar a la reclamante con una cantidad a tanto

alzado de 30.000 euros, cantidad coincidente con la indemnización reconocida en numerosas sentencias ante supuestos similares al que ahora se dictamina.

El importe de la indemnización deberá actualizarse 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.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 30.000 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que fue prestada.

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