



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y  
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Aguilar de Campoo (Palencia) el día 25 de julio de 2018, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxx1 e hijos*, 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 3 de julio de 2018 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 D. xxx1, y Dña. xxx2, D. xxx3 y Dña. xxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su esposa y madre respectivamente, Dña. vvvv, ya fallecida.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 5 de julio de 2018, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 306/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, 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. Ramos Antón.

**Primero.-** El 18 de diciembre de 2015 D. xxx1, y Dña. xxx2, D. xxx3 y Dña. xxx4 presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a

los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su esposa y madre, respectivamente, Dña. vvvv.

La parte reclamante considera que hubo un retraso en el diagnóstico del padecimiento de su madre. Se detectó la presencia de un nódulo en un pulmón en el año 2011 y no se realizaron más pruebas ni seguimiento hasta que años más tarde apareció un carcinoma en un estadio avanzado. Consideran que inicialmente había signos de malignidad que no fueron atendidos y que el diagnóstico y tratamiento se hizo con excesivo retraso.

Cuantifican la indemnización solicitada en 246.691,32 euros.

Acompañan a su escrito copia compulsada de Libro de Familia, del certificado de defunción y de diversa documentación médica.

**Segundo.-** Al expediente se han incorporado, además de la historia clínica, entre otros, los informes de una doctora del Servicio de Oncología (de 27 enero de 2016), de un facultativo del Servicio de Neumología (de 28 de enero de 2016), del Jefe del Servicio de Radiodiagnóstico (de 30 de enero de 2016), de un facultativo de la Unidad de Cuidados Paliativos Domiciliarios (de 1 de febrero de 2016), del Jefe del Servicio de Medicina Interna (de 5 de febrero de 2016) y del Jefe del Servicio de Urgencias (de 5 de febrero de 2016), todos ellos pertenecientes al Complejo Asistencial de xxxx1; de un médico de Atención Primaria del Centro de Salud de xxxx2 (de 8 de febrero de 2016); el informe de la Inspección Médica de 30 de marzo de 2016 y un informe realizado el 22 de abril de 2016 a instancia de la compañía aseguradora de la Administración.

**Tercero.-** Concedido trámite de audiencia, el 23 de febrero de 2017 los reclamantes presentan alegaciones en las que reiteran la pretensión inicialmente deducida.

**Cuarto.-** Consta en el expediente un informe de la Inspección Médica (de fecha ilegible) que reitera los criterios mantenidos en el anterior.

**Quinto.-** El 19 de julio de 2017 el Gerente de Asistencia Sanitaria de xxxx1 informa sobre el modo de realizar las citas a los pacientes y qué información reciben.

**Sexto.-** El 26 de noviembre de 2017 se emite un nuevo informe médico pericial a instancia de la compañía aseguradora de la Administración, en la que se indica que por un error en la citación se completó el estudio del tumor de Dña. vvvv con tres años de retraso, y que tal demora supuso una pérdida de expectativa de curación del 48 %.

**Séptimo.-** Concedido nuevo trámite de audiencia, el 29 de diciembre de 2017 la parte reclamante presenta un escrito en el que señala que la falta de diligencia por parte de la Administración Pública no puede servir "como cobertura para reducir la indemnización con aplicación de la pérdida de oportunidad".

**Octavo.-** El 17 de mayo de 2018 se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación –por importe de 56.367,25 euros-.

**Noveno.-** El 1 de junio de 2018 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, ambas normas aplicables *ratione temporis* al presente procedimiento.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (18 de diciembre de 2015) hasta que se formula la propuesta de orden (17 de mayo de 2018). 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 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 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, que está, 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".

Consta en el expediente que a Dña. vvvv, en el contexto de un estudio por otro padecimiento, se le descubrió el 11 de febrero de 2011 un nódulo pulmonar menor de 2 cm. El estudio de este tumor no fue completado adecuadamente por un error administrativo en la citación. Cuando comenzó el tratamiento, tres años después, el nódulo se encontraba en estadio IV y la paciente falleció pese a recibir tratamiento oncológico. Se desconoce por qué la paciente no instó por su parte una revisión.

Según el dictamen pericial de la compañía aseguradora de la Administración, el retraso del estudio del tumor dio lugar a una pérdida de expectativa de curación del 48 %. Cantidad correspondiente a la diferencia entre la supervivencia estimada del tumor en el momento de su hallazgo y la correspondiente al tumor en el momento en que se completó el estudio.

**6ª.-** En el presente caso hay que considerar que la dificultad de prueba del nexo causal en procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que existen 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 ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la pérdida de oportunidades terapéuticas directamente, entre otros, en los dictámenes 672/2004; 842/2005; 194, 388 y 561/2006; 93 y 148/2007; 360 y 1.172/2009; 105/2010; 156/2012; 619 y 837/2013; 1/2014; 290/2015; 253/2016; 91 y 372/2017; y 18/2018 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

concorre 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 consecuencia, en este caso, de conformidad con los informes obrantes en el expediente, cabe apreciar que se ha producido una pérdida de oportunidad terapéutica determinante de un daño indemnizable, por lo que procede estimar parcialmente la reclamación.

**7ª.-** En cuanto a la determinación del alcance de esa pérdida de oportunidad, debe estarse a las estadísticas aportadas en el informe de la compañía aseguradora de la Administración, que indica que ante un diagnóstico en febrero-abril de 2011 (estaba en estadio I), hubiera tenido una posibilidad de supervivencia del 49%. A ello resta un 1%, porcentaje correspondiente a las posibilidades de éxito cuando se instauró el tratamiento tres años después (en un estadio IV). Por ello mantiene que existió una pérdida de oportunidad del 48% que resulta de la supervivencia estimada ante la grave patología de la paciente.

No obstante, como la paciente falleció, la propuesta de resolución considera que la pérdida de oportunidad fue del 49 % y no del 48 % como sugiere el informe de la compañía aseguradora.

Para el establecimiento del quantum indemnizatorio, debe acudir al baremo contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por



el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

La Administración acude para ello a la última actualización de este sistema por Resolución de 5 de marzo de 2014, criterio que se comparte por este Órgano Consultivo -sin perjuicio de la necesaria actualización de esa cantidad-, ya que el daño se produjo en un momento anterior a la entrada en vigor de la modificación de la normativa reguladora de la valoración de daños, Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que entró en vigor el 1 de enero de 2016.

La aplicación del baremo tiene carácter orientativo, si bien la 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 artículo 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".

Se aplica así de forma estricta la valoración asignada como indemnización en la última actualización publicada en el BOE (Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 5 de marzo de 2014, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación).

La paciente contaba 80 años al momento de su fallecimiento. Estaba casada y tenía 3 hijos mayores de 25 años. Por ello, le correspondería a su cónyuge, D. xxx1, 86.276,40 euros y 9.586,26 euros a cada uno de sus hijos. Aplicado la reducción en el porcentaje vinculado a la pérdida de oportunidad, resultan 42.275,44 euros para su viudo y 4.697,27 euros para cada uno de los

tres hijos de Dña. vvv. Por lo que resulta una indemnización final para todos los interesados de 56.367,25 euros, cuantía que debe 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 56.367,25 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxx1, y Dña. xxx2, D. xxx3 y Dña. xxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su esposa y madre, respectivamente, Dña. vvv.

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