

Expediente Núm. 357/2010
Dictamen Núm. 42/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de febrero de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 17 de diciembre de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por lo que considera una defectuosa asistencia sanitaria prestada en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de febrero de 2010, los interesados presentan en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa) una reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia del fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente, que atribuyen a un error diagnóstico.

Exponen que la perjudicada sufrió un accidente de tráfico el día 26 de febrero de 2009 que le ocasionó “un politraumatismo con posible pérdida de

conocimiento". Trasladada al Servicio de Urgencias del Hospital, se le pauto un "tratamiento con analgésicos y antiinflamatorios, junto con recomendaciones de reposo relativo y hielo local, y dada de alta para observación domiciliaria".

Continúan relatando que "en fecha 27 de febrero de 2009 acude al centro de salud (...) por empeoramiento de las lesiones", siendo derivada al Servicio de Urgencias del hospital público que le atendió inicialmente "para nueva valoración". Se le diagnostica entonces "una contusión de rodilla izquierda, y le fue dado como tratamiento hielo local, recomendando reposo relativo y vendaje elástico tipo Jones". El día 12 de marzo del mismo año acude nuevamente al Servicio de Urgencias, "por presentar cefalea frontoparietal bilateral pulsátil. La exploración neurológica fue normal y se le realizó un TAC craneal que no demostró ninguna alteración".

El día 8 de abril de 2009 acude otra vez al Servicio de Urgencias por "dolor en hemotórax izquierdo que aumentaba con la respiración y con sensación febril". Se le realizó una radiografía de tórax, sin alteraciones visibles, y "en la analítica de sangre sólo se observaba hipoxemia leve que fue atribuida a 'hipo ventilación por el dolor' (...). Fue diagnosticada de contusión costal debido a su antecedente traumático, y (...) dada de alta a domicilio a las 21:57 horas con tratamiento analgésico". A las "11:30 horas del día 10 de abril" de 2009 falleció en su domicilio, siendo la causa inmediata de la muerte, según las conclusiones del informe médico forense, "un paro cardíaco secundario a un cor pulmonale agudo, a su vez derivado de un tromboembolismo pulmonar masivo".

Por lo que se refiere a la atención dispensada, señalan los reclamantes que, a pesar de que la perjudicada "presentaba un cuadro clínico compatible con un tromboembolismo pulmonar con dolor pleurítico en hemitorax y cierta dificultad respiratoria de reciente comienzo, la atención médica (...) fue incorrecta, pues no se estableció un diagnóstico preciso del proceso patológico, siendo esto debido a una deficiente realización de anamnesis (...), sin constancia de que los síntomas que presentaba eran de reciente aparición y no

constaban como secundarios al traumatismo torácico tras el accidente, y a una errónea interpretación de los resultados de la gasometría arterial (...). De haberse diagnosticado precozmente el tromboembolismo pulmonar”, cuando acudió al Servicio de Urgencias el día 8 de abril de 2009, “es altamente probable (que) no hubiera presentado una recidiva masiva de dicho tromboembolismo pulmonar que le causó la muerte”.

En prueba de sus imputaciones reproducen una parte del informe médico privado emitido a su instancia por un especialista en Cirugía Cardiovascular, quien concluye que “durante el proceso asistencial (...) las actuaciones médicas vulneraron los protocolos y/o práctica clínica habitual”, en cuanto que “el error diagnóstico inicial de `contusión costal`” privó a la perjudicada “de la instauración del tratamiento adecuado a su problema (...) y el resultado final probablemente (dado que desde su revisión en Urgencias hasta el día del fallecimiento transcurrieron casi tres días) hubiera sido otro -pérdida de oportunidad- (fue privada de ser tratada clínicamente según lo que realmente padecía)”.

Finalizan solicitando que se les reconozca “el derecho a la percepción de la indemnización en la cuantía que corresponda conforme a derecho (...), así como los daños morales y perjuicios sufridos, como resultas de los hechos expresados”.

Junto con la reclamación aportan el informe médico privado referido, de fecha 15 de enero de 2010, que a su vez incorpora como anexo una fotocopia de diferentes informes y documentación médica correspondiente al proceso objeto de la reclamación.

2. El día 15 de febrero de 2010, el Gerente del Hospital remite al Servicio instructor un ejemplar del parte de reclamación, el justificante de su remisión a la correduría de seguros, copia de la historia clínica de la perjudicada y escrito de solicitud de informe a la Coordinadora del Servicio de Urgencias.

3. Con fecha 25 de febrero de 2010, el Gerente del Hospital traslada al Servicio instructor el "informe facilitado por la Jefa de Unidad del Servicio de Urgencias" el 24 de febrero de ese mismo año. En él se efectuar a realizar una descripción cronológica de todas las asistencias prestadas (días 26 y 27 de febrero, 12 de marzo y 8 de abril de 2009), detallando las pruebas realizadas y los diagnósticos alcanzados.

4. El día 2 de marzo de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará en dicho Servicio, el plazo para resolver y los efectos del silencio administrativo. Asimismo, les confiere un plazo de diez días "para acreditar el parentesco" y para que procedan "a la cuantificación económica del daño".

5. Con fecha 8 de marzo de 2010, los interesados presentan en las oficinas de correos un escrito en el que cuantifica la indemnización solicitada en "160.000 euros, a razón de 90.000 euros al viudo, y 30.000 euros a cada uno de los hijos", adjuntando dos hojas fotocopiadas del Libro de Familia a fin de probar "la relación de parentesco con la perjudicada".

6. El día 12 de abril de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto suscribe el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras describir la asistencia prestada, concluye que "la interpretación incorrecta de la hipoxemia de la paciente y la atribución del cuadro clínico al antecedente del atropello previo impidió el diagnóstico correcto y el tratamiento adecuado que pudo evitar el fallecimiento, no debiendo haber recibido el alta sin completar estudios". Aunque un troboembolismo pulmonar agudo "es una patología difícil de diagnosticar y existen factores que pudieron dificultar el diagnóstico (...), la clínica y especialmente la presencia de una hipoxemia

marcada no justificada debieron hacer sospechar esta patología y en cualquier caso, aun tratándose de una atención a nivel de Urgencias, plantear completar estudios o solicitar valoración especializada”. Por ello, considera “pertinente la reclamación formulada”, sin pronunciarse sobre la cuantía indemnizatoria.

7. Con fecha 21 de abril de 2010, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Sespa y del expediente a la correduría de seguros.

8. Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio notificado a los reclamantes el 20 de julio de 2010, con fecha 22 de ese mismo mes se persona uno de ellos en las dependencias administrativas y obtiene una copia del expediente, compuesto en ese momento por 152 folios.

9. El día 30 de julio de 2010, los interesados presentan en las oficinas de correos un escrito de alegaciones. En él consideran acreditados los hechos y el nexo causal con el fallecimiento, y proceden a modificar la cuantía de la indemnización solicitada, que ahora fijan en 134.541,47 € por aplicación, según señalan, del “anexo a la Ley 30/95, en la actualización realizada por la Resolución de la Dirección General de Seguros (...) para el año 2009”.

Mediante oficio de 3 de agosto de 2010, el Servicio instructor remite una copia de las alegaciones presentadas a la entidad aseguradora.

10. Con fecha 19 de octubre de 2010, los interesados presentan en las oficinas de correos un escrito en el que solicitan que se dicte resolución expresa sobre la reclamación presentada.

11. El día 29 de noviembre de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en el

sentido de estimar parcialmente la reclamación presentada, valorando la indemnización en 85.616,94 €.

Con base en los informes incorporados al expediente, razona que “la interpretación incorrecta de la hipoxemia de la paciente y la atribución del cuadro clínico al antecedente del atropello previo impidió el diagnóstico correcto y el tratamiento adecuado que pudo evitar el fallecimiento”. En orden a la cuantificación de la indemnización, considera que “la paciente ha tenido una pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento que reduce la mortalidad del 30% al 8%. Podríamos considerar que ha tenido una pérdida de oportunidad (...) en torno al 70% de no fallecer y por ello se propone una reducción de la cuantía en ese porcentaje. De acuerdo con las cuantías establecidas por la Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones” sobre indemnizaciones por accidentes de circulación, “corresponden al cónyuge 104.837,52 € y a los dos hijos mayores de 25 años: 8.736,46 € (cada uno). Total 122.309,92 €. Según lo valorado, el 70% asciende a 85.616,94 €”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de diciembre de 2010, registrado de entrada el día 22 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del

Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "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". En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 4 de febrero de 2010, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento de la perjudicada- el día 10 de abril de 2009, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y, en su desarrollo en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en

adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, observamos que los informes técnicos emitidos durante la fase de instrucción del procedimiento no se pronuncian sobre la posible indemnización, pese a reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial, y que es en la propuesta de resolución donde se valora en este caso, por primera y única vez, la cuantía resarcitoria minorando lo solicitado por los interesados. Puesto que la propuesta de resolución no se somete al trámite de audiencia (ni se ha de someter), aquellos no han tenido la oportunidad de conocer y cuestionar la indemnización propuesta, con lo que se les produce una indefensión real, limitada a este aspecto básico de cualquier reclamación. No obstante, en aras del principio constitucional de eficacia, y dado el sentido de nuestro dictamen, no consideramos necesaria la retroacción del procedimiento.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone 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”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC, establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes

requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Pretenden los reclamantes el resarcimiento del daño derivado del fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente, que atribuyen a un retraso diagnóstico y a la consiguiente pérdida de oportunidad terapéutica.

A la vista de la documentación incorporada al expediente, no existe duda respecto al hecho dañoso por el que se reclama, la muerte de la paciente, ni sobre sus circunstancias inmediatas, “paro cardíaco secundario a un cor pulmonale agudo, a su vez derivado de un tromboembolismo pulmonar masivo”, en su domicilio, día y medio después de habersele diagnosticado, en el Servicio de Urgencias, una contusión costal debida a un antecedente traumático. Por ello, hemos de presumir la realidad del daño moral sufrido por los reclamantes como consecuencia del fallecimiento de la perjudicada, dada su condición de esposo e hijos de la misma.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que los interesados no tuvieran el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la

atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por los reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. También hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Este criterio opera no sólo en la fase de tratamiento dispensado a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que la paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a que se le garantice un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los

medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean, por sí mismos, causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

En el supuesto concreto que analizamos, todos los informes técnicos obrantes en el expediente reconocen la existencia de una infracción de la *lex artis*, dado que “la interpretación incorrecta de la hipoxemia de la paciente y la atribución del cuadro clínico al antecedente del atropello previo impidió el diagnóstico correcto y el tratamiento adecuado que pudo evitar el fallecimiento, no debiendo haber recibido el alta sin completar estudios”. En este sentido se pronuncia la propuesta de resolución, que recoge, en sus fundamentos jurídicos, las conclusiones del informe técnico de evaluación, y en términos similares se pronuncia el informe médico privado aportado por los reclamantes, que concluye la existencia de un “error diagnóstico inicial” y de una “pérdida de oportunidad”, toda vez que se la privó “de ser tratada clínicamente según lo que realmente padecía”. En consecuencia, ninguna duda hemos de albergar sobre la alegada infracción asistencial.

Los referidos informes acreditan, igualmente, un cierto nexo causal con el resultado finalmente producido, que se explicaría por la pérdida de oportunidad terapéutica, ya que un diagnóstico correcto y la aplicación del tratamiento adecuado, pudieron “evitar el fallecimiento”. Finalmente, la propuesta de resolución pondera la pérdida de oportunidad a la luz de los datos estadísticos sobre la reducción de la mortalidad en este tipo de patologías, indicando que la misma es del 30% en los supuestos de ausencia de tratamiento y que disminuiría al 8% si se le hubiera suministrado la profilaxis adecuada (heparina de bajo peso molecular).

La coincidencia de los informes en este punto nos lleva a apreciar que nos encontramos efectivamente ante un supuesto de pérdida de oportunidad

terapéutica, toda vez que no le fueron suministrados a la paciente los tratamientos posibles; tratamientos que, en alguna medida, habrían aumentado sus posibilidades de supervivencia. Y si bien los datos estadísticos que recoge la propuesta de resolución no resultan avalados por la cita de las fuentes de referencia, teniendo en cuenta el carácter técnico del órgano que realiza la misma, hemos de darlos por acreditados.

SÉPTIMA.- Así las cosas, resta como única cuestión nuestro pronunciamiento sobre la cuantía indemnizatoria. En los supuestos de pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento acorde con la verdadera patología, la jurisprudencia ha venido estableciendo que el daño indemnizable no es el de la lesión, o en este caso el fallecimiento producido, respecto al cual no resulta posible saber a ciencia cierta si hubiera podido evitarse, sino que el daño indemnizable ha de ser propiamente la pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, al haberse impedido de modo objetivo la posibilidad de pertenecer al conjunto de aquellos pacientes que -en un determinado porcentaje- sobreviven.

Sin embargo, a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria hemos de distinguir entre aquellos supuestos en los que se causa un daño a un paciente en forma de secuelas, ya sean físicas o morales, pero que sobrevive, de aquellos otros en los que el paciente en cuyo tratamiento se ha producido una infracción de la *lex artis*, fallece.

En el primer caso, si el daño pudo evitarse en un porcentaje estadísticamente conocido se indemnizará al paciente por haberle privado de la posibilidad de pertenecer al grupo de pacientes que no lo sufre.

En el segundo, en cambio, es obvio que no se indemniza al paciente, sino en general a los familiares cercanos, y por tanto el daño causado no es propiamente la pérdida de oportunidad de sobrevivir, sino el daño moral que esos allegados han sufrido como consecuencia de saber que un diagnóstico certero habría aumentado las posibilidades de supervivencia de aquel, aunque no pueda establecerse con precisión la causa del fallecimiento. Por ello,

podríamos presumir en estos casos la existencia de dos daños morales de diferente etiología: por una parte, el que se produce como consecuencia de la muerte del ser querido, que no sería indemnizable por la Administración por no existir prueba cierta del nexo causal, y de otra, el que se origina en el entorno familiar al conocer que una actuación más acertada de la Administración sanitaria podría haber evitado ese resultado, formulado al menos como una probabilidad, que las estadísticas sanitarias precisan en forma de porcentaje. Este es el daño moral que ha de indemnizarse en el asunto objeto de dictamen, puesto que es el único sobre el que podemos establecer un nexo causal con la actuación del servicio público, y siempre que ese daño moral esté vinculado a un resultado dañoso cierto, es decir, no solo hipotético, sino efectivamente producido, como es, en el caso examinado, el fallecimiento de la esposa y madre de los reclamantes.

La aplicación acrítica de la doctrina de la pérdida de oportunidad en función de estadísticas sanitarias a este segundo grupo de supuestos puede deparar, en algunos casos extremos, resultados indeseables en la valoración del dolor moral producido a los familiares. Por ejemplo, cabría la posibilidad de que fuera comparable en su intensidad el dolor sufrido por unos padres ante la pérdida de un hijo menor de edad, aunque estadísticamente la posible "pérdida de oportunidad" imputable a la Administración sanitaria se cifrase en un mínimo porcentaje, con el sufrido por un hijo por la muerte de un padre anciano y con una pésima calidad de vida como consecuencia de enfermedades previas, aunque en este caso concreto la pérdida de oportunidad alcanzase un mayor valor estadístico, y, no obstante, la aplicación incondicionada de aquella doctrina podría conducir a reconocer una mayor indemnización en el segundo supuesto a pesar de ser probablemente mayor el daño moral en el primer caso.

A la vista de ello, y pese a las evidentes dificultades que encierra la valoración de un daño moral, este Consejo entiende que para la determinación del resarcimiento de los daños que, presumimos, se han ocasionado al entorno familiar cercano ante la constatación de que el fallecimiento acaso pudo

haberse evitado, no cabe aplicar automáticamente la doctrina de la pérdida de oportunidad expresada en porcentajes. En otras palabras, si bien cabe acudir como punto de partida, por su carácter objetivo, al baremo establecido al efecto en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), deben ponderarse todos los factores y circunstancias concretas de cada caso -y no exclusivamente el porcentaje estadístico de pérdida de oportunidad terapéutica- con el propósito de alcanzar una reparación real del daño causado.

En el supuesto que analizamos, la propuesta de resolución y la reclamación de los interesados difieren sustancialmente en lo que a la cuantía de la indemnización se refiere. Ambos parten de la aplicación del baremo de accidentes de circulación citado (aunque se apartan en cuanto a la aplicación del factor de corrección de la tabla II), pero se diferencian fundamentalmente en que la Administración valora la pérdida de oportunidad "en torno al 70%" y propone rebajar la indemnización que corresponda por el fallecimiento en tal porcentaje.

Sin embargo, tal como hemos razonado, no debemos conformarnos con la aplicación mecánica de tales porcentajes a la indemnización, sino que debemos valorar el resto de circunstancias, también las personales y familiares, que pudieran haber influido en el daño realmente causado. Y en este caso, teniendo en cuenta que se trata de una víctima relativamente joven, que sufre un accidente poco grave en cuya convalecencia se desencadena una grave complicación no detectada a tiempo y que ello disminuyó de forma muy relevante sus posibilidades de supervivencia (en un porcentaje ligeramente superior al 73%), este Consejo considera que no cabe efectuar la pretendida ponderación del importe indemnizatorio, sino que, en aplicación del señalado baremo, debe indemnizarse a los reclamantes con el cien por cien del importe que se corresponda al fallecimiento.

En consecuencia, estimamos que por el daño moral infligido a los familiares al conocer que la actuación del servicio público incrementó de manera muy significativa las posibilidades de muerte de la paciente corresponderían al cónyuge 114.288 € y a cada uno de los hijos mayores de 25 años 9.524 €, aplicando en ambos casos el factor de corrección (tabla II) en su cuantía media.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos expuestos en el presente dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.