CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero y Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 19 de diciembre de 2013, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx,* 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 noviembre de 2013 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. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Centro de Salud de hhhhh de la Gerencia de Atención Primaria de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 2 de diciembre de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 829/2013, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 12 de abril de 2012 Dña. xxxxx, 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 en el Centro de Salud de hhhhh de la Gerencia de Atención Primaria de xxxx1, a causa del retraso en el diagnóstico de una lesión quística gigante de origen ovárico, que le fue diagnosticada en la sanidad privada, tras múltiples consultas a su médico

de Atención Primaria desde mayo de 2009, quien le diagnosticó dispepsia y sobrepeso, sin derivación al especialista, tal y como la paciente le interesó con insistencia. Alega secuelas físicas, por la cicatriz de gran tamaño derivada de la operación realizada el 30 de mayo de 2011, que debió ser más leve si hubiera existido un diagnóstico correcto, psíquicas, pues se encuentra en tratamiento por depresión, y la prolongación de la situación de baja laboral desde el 11 de mayo al 2 de septiembre de 2011.

Acompaña a la reclamación diversas fotografías y parte de alta por incapacidad temporal.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe del facultativo de Atención Primaria del Centro de Salud de hhhhh de 10 de mayo de 2012, de la Inspección Médica de 14 de noviembre del mismo año y dictamen médico pericial emitido a instancia de la compañía aseguradora el 10 de mayo de 2013.

Tercero.- El 26 de junio de 2013 se concede trámite de audiencia a la interesada, quien el 11 de julio presenta alegaciones en las que reitera la pretensión y concreta la indemnización reclamada en 83.598,36 euros, de acuerdo con los informes periciales de 22 de abril y 4 de julio de 2013 que acompaña a su escrito.

Cuarto.- El 16 de octubre se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la pretensión y se reconoce el derecho a percibir una indemnización de 20.633,25 euros.

Quinto.- El 11 de noviembre de 2013 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.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, 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 (12 de abril de 2012) hasta que se formula la propuesta de orden (16 de octubre de 2013), circunstancia que 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, 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 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 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, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden, que conduce a estimar parcialmente la pretensión planteada.

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 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 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.

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 caso sometido a dictamen la asistencia prestada a la paciente no resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Tal y como admite la propuesta de resolución sobre la base del dictamen médico pericial de 10 de mayo de 2013, del expediente se desprende la existencia de un diagnóstico

tardío de un quiste de origen ovárico, que alcanzó unas dimensiones considerables y precisó por este retraso de su extracción en una intervención quirúrgica más grave.

Refiere el dictamen que se trata de una mujer de 44 años de edad con síntomas de dispepsia que se inician en mayo de 2009. En esos momentos, la paciente estuvo ingresada en Medicina Interna, donde se había realizado estudio endoscópico y ecográfico con resultados normales, entre otras pruebas complementarias. Señala, en consecuencia, que "el diagnóstico de dispepsia funcional realizado por su médico de atención primaria, era adecuado a la situación clínica a esa fecha".

Con posterioridad, la reclamante acude en numerosas ocasiones a su médico de Atención Primaria, pero ninguna de las asistencias está relacionada con sus síntomas digestivos.

En septiembre de 2010 vuelve a manifestar molestias dispépsicas y se inicia protocolo de tratamiento de la dispepsia funcional. No obstante, la sintomatología no cede, por lo que en marzo de 2011 se deriva a consulta especializada de Digestivo.

Considera el dictamen, para fundamentar la responsabilidad, que "Una masa abdominal de 20 cm. de diámetro, no debuta de forma espontánea. El cistoadenoma mucinoso es un tumor benigno de crecimiento lento, cuyas primeras manifestaciones vienen dadas por el tamaño tumoral. A este respecto cabe hacer las siguientes consideraciones:

»- En la historia clínica de atención primaria, no constan datos de exploración, que habría podido revelar o poner en evidencia datos orientativos como aumento del diámetro abdominal o la presencia de una masa abdominal, que en esta fase de evolución deberían haber estado presentes.

»- No se encuentran datos sobre el tipo de obesidad, salvo que la paciente ingresa en programa de control de peso (julio 2010), no perdiéndose peso a pesar de las medidas dietéticas. No hay datos de talla y peso, lo que impide formar una idea sobre si se trataba de una obesidad troncular que pudo confundirse con un aumento del diámetro abdominal motivado por el crecimiento de la masa anexial".

Añade que "Son estas ausencias de información en la historia clínica, las que impiden determinar que la actuación fue conforme a la *lex artis*, ni que se emplearon todos los medios para llegar a un diagnóstico correcto, siendo en el último trimestre de 2010 cuando, la persistencia de sintomatología, resistente a todas las tentativas terapéuticas, debió condicionar una actitud más activa y suscitar otros medios de diagnóstico o la derivación anticipada de la paciente a especialidades (Medicina interna, Ginecología, Aparato Digestivo).

»Otra cuestión es la referida al daño sufrido. Este retraso diagnóstico ha conllevado como único daño un mayor crecimiento del tumor, que por término general se suelen diagnosticar cuando alcanzan 10-12 cm. de diámetro, y en consecuencia una mayor cicatriz quirúrgica que se hubiera podido ver reducida en caso de un diagnóstico más precoz. El retraso diagnóstico, por otra parte, no ha condicionado ninguna variación en el pronóstico de la enfermedad, cuya evolución postoperatoria no ha mostrado complicaciones".

Conforme a lo expuesto, cabe convenir con la propuesta de resolución en la apreciación de que, en este caso, se produjo un retraso en el diagnóstico de la patología que padecía la paciente lo cual, si bien no afectó al pronóstico de la enfermedad, conllevó la realización de una cirugía de mayor gravedad, con los daños de ello derivados.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización, el dictamen médico pericial de 10 de mayo de 2013 cifra la indemnización total en 24.184,05 euros, correspondientes a 120 días impeditivos, 15 puntos por perjuicio estético medio, motivado por el aumento de la longitud de la incisión quirúrgica abdominal y el 10% de factor de corrección por perjuicios económicos, aplicado sobre la suma de los dos conceptos anteriores. Para el cálculo acude a los baremos indemnizatorios contenidos en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, criterio que es utilizado habitualmente por este Consejo como orientador en casos similares.

La propuesta de resolución, además de negar por falta de acreditación la relación causal entre el retraso diagnóstico y otras secuelas físicas y psíquicas alegadas por la interesada, realiza dos matizaciones al cálculo efectuado en el dictamen pericial de la aseguradora. La primera, calificar los días de

incapacidad temporal como no impeditivos al no constar su condición de impeditivos y, la segunda, no aplicar el 10% de factor de corrección sobre la indemnización correspondiente a los días de incapacidad temporal, al no haberse justificado los ingresos de la reclamante. Por ello, propone el abono de un total de 20.633,25 euros.

Este Consejo, si bien comparte la primera cuestión, pues no consta en el expediente que en el período indemnizable la interesada estuviera impedida para desarrollar su ocupación o actividad habitual, no se muestra conforme con la aplicación exclusiva del porcentaje de factor de corrección a la indemnización que corresponde por incapacidad permanente, pues aquélla debe alcanzar igualmente a la reconocida por incapacidad temporal.

Sobre este particular debe considerarse que los tribunales han venido ofreciendo soluciones variadas, según el perfil de las víctimas, en los casos de indemnizaciones por incapacidad temporal, y existen discrepancias sobre si puede verse incrementada una indemnización por la aplicación de los factores de corrección de la letra B) de la tabla V del baremo.

El problema tiene su origen en que en la tabla V falta la referencia establecida en las tablas II y IV -relativas, respectivamente, a las indemnizaciones básicas por muerte y por lesiones permanentes- a que sus factores de corrección pueden aplicarse "a cualquier víctima en edad laboral, aunque no justifique ingresos". Si se atiene a la literalidad de la norma, habría que entender que para que resulten de aplicación los factores de corrección y en consecuencia incrementar la cuantía indemnizatoria por incapacidad temporal, han de justificarse los ingresos dejados de percibir. No obstante, parte de los tribunales y de la doctrina considera que una solución más coherente con el sistema de valoración, es la de acudir a la aplicación analógica de la ley (artículo 4 del Código Civil), al haber identidad de razón.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 dio solución definitiva a la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en esta materia, al considerar que se impone siempre aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos a toda víctima en edad laboral, aunque no se prueben ingresos y aunque esta previsión no aparezca en relación con los perjuicios económicos ligados a la incapacidad temporal (Tabla V).

En lo demás, si bien se comparte por este Consejo la apreciación del dictamen pericial relativa a "que es a partir del último trimestre de 2010 cuando la persistencia de sintomatología, resistente a todas las tentativas terapéuticas, debió condicionar una actitud más activa y suscitar otros medios de diagnóstico o la derivación anticipada de la paciente a especialidades", se considera que debe determinarse con mayor precisión la fecha de comienzo del período indemnizable por incapacidad temporal, que no figura ni en el dictamen ni en la propuesta de resolución, que se limitan a cuantificar aquél en 120 días, sin mayor detalle.

Una vez que se concrete conforme a lo señalado la indemnización procedente, su importe deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la mencionada 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, en los términos expuestos en el cuerpo de este dictamen, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Centro de Salud de hhhhh de la Gerencia de Atención Primaria de xxxx1.

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