CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. Amilivia González, Presidente

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

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 6 de noviembre de 2014, 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 15 de octubre de 2014 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 a su hijo, cccc, en el Complejo Asistencial Universitario de xxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 16 de octubre de 2014, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 511/2014, 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. Rey Martínez.

Primero.- El 9 de octubre de 2012 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 a su hijo, cccc, en el Complejo Asistencial Universitario de xxx1, al tiempo de su

nacimiento acaecido el 29 de octubre de 2010, momento en el que no le fue diagnosticada la presencia de citomegalovirus congénito (CMV) con el que nació, diagnóstico que se obtuvo en el Hospital hhhh1 de Madrid el 13 de abril de 2012. A causa del diagnóstico tardío su hijo padece retraso madurativo e hipoacusia, que podía haberse prevenido con el diagnóstico precoz.

En apoyo de su pretensión argumenta que "en la analítica de serología del informe médico del Servicio de Neonatología del Complejo Asistencial Universitario de xxx1 de 23 de noviembre de 2010 (que es una copia exacta de aquel informe de alta de fecha 5 de noviembre de 2010, pero con el añadido de la analítica realizada el 08/11/2010), figura textualmente: `CMV IgG e IgM positivo´. Es decir, ya el CMV positivo aparecía en las pruebas analíticas que le realizaron en el Hospital de xxx1 cuando cccc tenía 10 días de vida". Ni el Servicio de Neonatología ni el de Hematología del Complejo Asistencial Universitario de xxx1 pudieron explicar la falta de información y de tratamiento ante dicho resultado.

Solicita la práctica de prueba testifical de los facultativos de ambos servicios, que intervinieron en el proceso asistencial.

Acompaña a su escrito copia del Libro de Familia y de diversa documentación clínica sobre la asistencia recibida.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, informes de los facultativos intervinientes, tanto del Servicio de Neonatología como del de Hematología -propuestos por la reclamante como testigos- de 23 y 26 de octubre de 2012, respectivamente; informe del Jefe del Servicio de Pediatría y Neonatología del Complejo Asistencial de xxx1 de 23 de octubre de 2012, en el que indica que una vez completado el estudio de serología, se comunicó el informe por correo, pero "Lamentablemente no se programaron nuevos estudios a la vista del resultado de estos análisis". Se refiere también a un estudio según el cual sólo el 25% de los niños tratados precozmente mejora de su audición, sin apreciar mejoría de ningún otro síntoma neurológico, y en el que se detectan efectos secundarios en el 60% de los pacientes. La indicación del tratamiento, por tanto, es controvertida.

Consta, igualmente, informe de la Inspección Médica de 15 de enero de 2013, según el cual "Podemos concluir que se trata de un recién nacido que

tiene un contagio a través de la placenta posiblemente, de un virus, citomegalovirus, bastante frecuente en nuestro ámbito, afecta a 0,5% de los recién nacidos en nuestro país. No existiendo en estos momentos un tratamiento específico para la infección de citomegalovirus congénito, existiendo en estos momentos revisiones periódicas de la audición y la vista, y fisioterapia y educación apropiada para los niños con retardo psicomotor". Propone el archivo del expediente por considerar correcta la actuación sanitaria.

A petición del Servicio de Inspección de la Dirección General de Asistencia Sanitaria, se incorporan posteriormente al expediente informes clínicos actualizados de la situación del menor de los Servicios de Oftalmología, Pediatría y Otorrinolaringología del Complejo Asistencial de xxx1.

Por su parte, el 17 de diciembre de 2013 la reclamante aporta informes de Pediatría del Hospital hhhh1 de Madrid y de Otorrinolaringología, y valora económicamente el daño en 185.626 euros, correspondientes a gastos de tratamiento de fisioterapia en un tiempo estimado de 7 años (18.816 euros); gastos de natación para tratamiento rehabilitador durante el indicado período (2.800 euros); gastos de desplazamiento y peajes de autopista para acudir desde xxx1 a revisiones periódicas trimestrales en el Hospital hhhh1 de Madrid durante el mismo tiempo (27.216 euros); indemnización por incapacidad temporal durante los 7 años (98.410 euros) y daño moral de los progenitores valorado en 30.000 euros y el del hijo en otros 30.000 euros. Aporta copia de los justificantes de gastos de tratamiento de fisioterapia, de piscina y de desplazamientos a Madrid realizados hasta la fecha de la presentación del escrito de valoración económica.

A instancia de la Administración se incorpora al expediente informe de valoración del daño corporal de 21 de mayo de 2014, que lo evalúa en 25.008,11 euros, correspondientes a 395 días impeditivos y 10 puntos de secuelas por pérdida auditiva leve en ambos oídos, con una disminución de la indemnización resultante en un 25% en atención a la pérdida de oportunidad.

Tercero.- El 27 de junio de 2014 se concede trámite de audiencia a la interesada, quien el 31 de julio presenta alegaciones en las que reitera la pretensión indemnizatoria.

Cuarto.- El 22 de agosto se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación presentada, en la que se reconoce el derecho de la interesada a percibir la indemnización, calculada en 25.008,11 euros en el informe de valoración del daño corporal de 21 de mayo de 2014.

Quinto.- El 19 de septiembre de 2014 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 (9 de octubre de 2012) hasta que se formula la propuesta de orden (22 de agosto de 2014). 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 la reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992. 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 caso sometido a dictamen la asistencia médica dispensada no resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Así lo ponen de manifiesto los diversos informes incorporados al expediente, incluso el emitido por la Inspección Médica que, pese a considerar que no procede reconocer la responsabilidad patrimonial, revela la existencia de un error, más que en el proceso de diagnóstico, en su falta de valoración y comunicación posterior a los padres del menor. Ello determinó que no pudieran establecerse tempranamente los tratamientos conocidos que permitieran reducir o anular las consecuencias negativas del retraso en su instauración.

La existencia del error queda acreditada, entre otros, en el informe del Jefe de Servicio de Pediatría y Neonatología, según el cual "El día 23 de noviembre, la Dra. (…) completa el informe con los resultados pendientes, con serología IgG e IgM positiva a CMV, y lo remite por correo a los padres. Lamentablemente no se programaron nuevos estudios a la vista del resultado de estos análisis. (…) posteriormente la madre de cccc solicitó hablar con la Dra. (…) para pedir explicaciones. Fue recibida por ella, reconoció su fallo, pero quiero hacer constar en su defensa, que en ningún momento se ocultó información (…)".

Este informe hace referencia en todo caso, a la incidencia que en la determinación de la pérdida de oportunidad terapéutica tiene el grado de éxito con el que cuenta el tratamiento farmacológico de esta enfermedad, dado que tal tratamiento tiene efectos secundarios importantes y eficacia limitada a la mejora de la audición, pero no así de otros síntomas neurológicos. Por ello añade además que "según los protocolos revisados y dados los efectos

secundarios de la medicación, la indicación del tratamientos es controvertida, se pueden beneficiar del tratamiento, pero hay que informar a los padres de la situación clínica de su hijo, de los efectos secundarios de la medicación y con esa información los padres decidir qué actitud tomar con su hijo". De este modo, si bien la ausencia del error hubiera permitido instaurar dicho tratamiento, se desconoce, como destaca la propuesta de resolución, cuál hubiera sido la decisión de los progenitores al respecto, ya que, además, el resultado de la prueba de hipoacusia realizada antes del alta fue normal.

En todo caso, la acreditación del error por sí misma permite establecer la relación causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público sanitario y declarar con base en ello, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización, este Consejo considera que la estimación ha de ser parcial, limitada a determinados conceptos. De este modo, se comparte el criterio mantenido en la propuesta de resolución sobre la procedencia del abono de los daños imputables al actuar administrativo que, no obstante, no alcanza a los derivados de la propia enfermedad padecida, lo que conduce a desestimar la reclamación en relación con los gastos generados por el seguimiento de la enfermedad y tratamiento de fisioterapia. Se argumenta en este sentido que "las revisiones periódicas a las que debe someterse el niño en el Hospital hhhh1 (sin perjuicio de que ese seguimiento podría realizarse en el hhhh2 y que, por otro lado, existen ayudas para gastos de desplazamiento) las tendrían que realizar en todo caso dado que esa afectación en áreas de neurología, oftalmología y ORL hubiera sido posible y su despistaje hubiera requerido ese seguimiento. Más si tenemos en cuenta que no existen ahora mismo secuelas definidas más allá de un leve retraso psicomotor (no concretado) y leve hipoacusia. Lo mismo cabe decir respecto a los gastos demandados de fisioterapia dado que, siendo el área psicomotora donde más puede afectar la infección, el tratamiento fisioterápico hubiera tenido lugar casi con toda seguridad, pudiendo promoverse también desde el ámbito público".

Este Consejo se muestra conforme con los conceptos cuya indemnización propone la Administración, esto es, el período de incapacidad temporal, calificado de impeditivo, y las secuelas padecidas, consistentes en déficit auditivo leve en ambos oídos, valoradas en 10 puntos.

No obstante, en cuanto al primero de ellos, el informe de valoración del daño corporal incorporado al expediente establece como día final de su cómputo la fecha del ingreso del menor en el Hospital hhhh1, que tuvo lugar el 29 de noviembre de 2011. Sin embargo, puesto que al alta de dicho ingreso, según el informe de 2 de diciembre de 2011 emitido al efecto, no consta aún el diagnóstico de CMV, se entiende que el día final a considerar en el cálculo de la indemnización procedente por este concepto habrá de ser el 13 de abril de 2012, en el que se alcanzó el diagnóstico adecuado, que permitió valorar, en atención al estado del menor, el tratamiento más adecuado a dispensar.

En cuanto a la reducción propuesta del importe de la indemnización total en atención a la pérdida de oportunidad, entendida ésta como la expectativa de supervivencia, curación o de simple mejoría que se considera perdida, la dificultad que plantea su cuantificación puede resolverse en este caso, a través de los porcentajes que la medicina ofrece con apoyo en la literatura médica o científica. Por ello, y a falta de otro criterio propuesto por la reclamante, cabe atender al planteado por la Administración que aplica la reducción del 25% de casos en los que, pese a establecerse precozmente un tratamiento, no se produce recuperación. Indica en este sentido el informe de valoración del daño corporal que "Según se desprende del informe de inspección y de la bibliografía consultada, los mejores resultados auditivos se obtienen en un 75% de los casos, quedando un 25% en los que la evolución no se vería modificada. Por este motivo se considerará el déficit auditivo actual como secuela a indemnizar".

Asimismo hay que indicar que, para la valoración del daño correspondiente a los conceptos señalados de incapacidad temporal y secuelas, según criterio comúnmente utilizado por este Consejo, la Administración se basa en el sistema de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Este sistema, además de permitir la utilización de criterios homogéneos, relativiza los problemas que conlleva la valoración de determinados conceptos, como puede ser el de daño moral, la cual se engloba en la cuantificación establecida, tanto en los importes correspondientes a las indemnizaciones por lesiones permanentes como en los fijados para la incapacidad temporal. Ello permite dar satisfacción a la pretensión de la reclamante de obtener indemnización por este concepto, pero limitada en su cuantía a la que recoge el baremo en la determinación de la indemnización

correspondiente a las secuelas y al período de incapacidad temporal apreciados en este caso.

Finalmente debe tenerse en cuenta que si bien en el cálculo del importe de la indemnización la Administración ha tomado en consideración la última actualización de este sistema efectuada por Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones, la actualización realizada no obsta para que, en caso de demorarse la resolución definitiva más allá del presente ejercicio, proceda una nueva actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, 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 contenidos en el cuerpo del presente dictamen, 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 le fue prestada a su hijo, cccc, en el Complejo Asistencial Universitario de xxx1.

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