



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y

Ponente

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 4 de mayo de 2005, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxxxxxxxxxxx*, 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 6 de abril de 2005 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxxxxxxxxxxx debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 8 de abril de 2005, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 353/2005, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

Primero.- D. xxxxxxxxxxxxxx, tras presentar el 7 de septiembre de 2001 en el Hospital de xxxxxx escrito en el que manifiesta "reclamo, por haber perdido durante dicha intervención dos dientes (incisivo y canino izquierdo)", presenta el 7 de mayo de 2002 escrito en el que formula una reclamación de responsabilidad patrimonial y del que cabe destacar:



“El día 3 de septiembre de 2001 el abajo firmante ingresó en el Hospital de xxxxxx para ser intervenido quirúrgicamente al día siguiente, 4 de septiembre, de pólipos en la vejiga, intervención que se realiza bajo anestesia general, tras la cual el abajo firmante descubre la pérdida de dos piezas dentales, en concreto las números 21 y 22, al despertar de dicha anestesia.

»Una de las piezas la encontró a su lado, en la cama del hospital, envuelta en una gasa y la otra fue localizada mediante RX en el abdomen en el mismo hospital.

»En ningún momento en las pruebas previas a la intervención al abajo firmante se le hace saber nada referente a las piezas ni se solicita su autorización para extirparlas y aun menos para introducirle una en el abdomen.

»La situación de ambas piezas en la parte anterior de la boca hace preciso su sustitución por motivos tanto de necesidad como estéticas por lo que el abajo firmante solicita presupuesto que emitido por el doctor nnnnn asciende a la suma de 90.000,-- pesetas (540,91 euros), cantidad ésta que se reclama para reparar el daño producido tras la pérdida de las piezas en la intervención quirúrgica.

»(...) la existencia de una actuación negligente y culposa por parte de los facultativos es la única causa de los daños producidos, ya que las piezas dentales se pierden como consecuencia de una deficiente aplicación de los aparatos de anestesia, hasta el punto de que una de las piezas va a parar al abdomen del reclamante y no es detectada tal circunstancia hasta después de la intervención”.

Concluye proponiendo la práctica de diferentes medios de prueba y solicitando el abono de 540,91 euros en concepto de indemnización.

Acompaña a la reclamación, entre otros, el presupuesto, de fecha 21 de noviembre de 2001, emitido por el Dr. Nnnnnn, médico estomatólogo, por importe de 90.000 pesetas.

Segundo.- Consta en el expediente diferente documentación de entre la que cabe destacar:



- Copia de la historia clínica del reclamante en el Hospital de
xxxxxx.

- Informe de la Dra. ppppppp, de 11 de septiembre de 2001, en el
que manifiesta:

»1. El enfermo presentaba una piorrea de grado máximo.

»2. Ex drogadicto.

»3. En el acto anestésico, en el momento de la Laringoscopia quedó un diente en un hilo que tuve que retirar, sin existir sangrado en la encía y observé un alvéolo dentario vacío por lo cual en el postoperatorio se le realizó radiografía de tórax y simple de abdomen para su búsqueda. En la radiografía de abdomen se visualizó dicho diente”.

- Escrito del director gerente del hospital, de 20 de noviembre de 2001, contestando a la reclamación formulada el 7 de septiembre de 2001 por el interesado, en el que concluye “que las pérdidas dentarias referidas son propias de los padecimientos previos”.

- Informe de la Inspección Médica, de 25 de septiembre de 2002, emitido por el Dr. qqqqqqq, en el que informa de “que la posibilidad de la pérdida de alguna pieza dentaria es un riesgo informado y asumido y más cuando como en su caso la existencia de padecimientos previos, como es una piorrea intensa, posibilita la movilidad de las piezas y su extracción sin que exista sangrado de la encía que abogaría por una extracción traumática”.

Tercero.- Con fecha 9 de octubre de 2002, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose un plazo de quince días para formular alegaciones y aportar documentos, notificándose a los interesados en el domicilio señalado al efecto con fecha 10 de octubre de 2002.



El 7 de noviembre de 2002 el reclamante presenta escrito de alegaciones en el que concluye manifestando que un "posible acuerdo indemnizatorio debería contemplar el pago de la suma reclamada en mi escrito inicial".

Cuarto.- Con fecha 9 de marzo de 2005, el Director General de Administración e Infraestructuras firma la propuesta de resolución del expediente, formulada en el sentido de desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

Quinto.- El 17 de marzo de 2005 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de resolución indicada.

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 Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, 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.

3ª.- Concurren en el interesado los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992. La competencia para resolver la presente reclamación, aun en el supuesto de considerar iniciado el



procedimiento el 7 de septiembre de 2001 –fecha de presentación del primer escrito–, 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.

Este Consejo no es ajeno a la polémica que se ha venido suscitando, en relación con la atribución de la competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial, en aquellos supuestos en que éste se ha iniciado antes de la fecha de efectividad del traspaso de competencias a la Comunidad de Castilla y León (1 de enero de 2002, conforme a la letra k del Acuerdo de traspaso, aprobado por el Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre). Esta cuestión debe entenderse zanjada definitivamente, en favor de la competencia de la Administración autonómica, a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de febrero, 8 de marzo y 29 de marzo de 2004, en las que señala:

“La cuestión, pues, se traslada a la determinación de la subrogación en los derechos y deberes de la Administración estatal por parte de la Comunidad Autónoma en los supuestos en que con anterioridad a la fecha del traspaso de competencias se ha podido producir el juego del silencio administrativo negativo.

»El administrado podrá pues, optar entre entender desestimada su petición, a los `solos efectos´ de la interposición del pertinente recurso, o esperar la resolución expresa, –o `definitiva´, en expresión del artículo 20 de la Ley 12/83– pero tal elección no puede condicionar las obligaciones derivadas de una subrogación de competencia, impuesta, primero por la Ley y, después, por el Decreto de transferencia –en este caso, el ya citado 1480/2001, de 27 de Diciembre–.

»La presente cuestión de competencia debe pues, resolverse a favor del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, toda vez que en la fecha de transferencia del servicio correspondiente no se había producido aún la resolución definitiva del expediente.

»Ha de entenderse que la actuación administrativa en los supuestos de falta de resolución expresa, una vez producido el traspaso a la



Comunidad Autónoma de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud –INSALUD–, ha de atribuirse a esta Administración”.

Así lo ha entendido, además, el propio Consejo en dictámenes anteriores (Dictámenes 66/2003, de 22 de enero de 2004, y 54/2004, de 25 de febrero).

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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002), 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, nexos causales 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.

El interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5ª.- Entrando en el fondo del asunto, este Consejo comparte el criterio de la propuesta de resolución de 9 de marzo de 2005 del Director General de Administración e Infraestructuras, reflejado en su fundamento de derecho IV, que conduce a desestimar la reclamación del interesado.

Este Consejo considera que la propuesta ha hecho una acertada aplicación al caso de la teoría de la *lex artis*, que desde hace años constituye un límite preciso de la objetiva responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Esta teoría se ha ido afinando por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 82/2002, 3657/2002 y 3623/2003). Parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios –recordamos aquí el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que generaliza tal criterio, la Sentencia de 26 de mayo de 1986–, 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* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamiento no quirúrgico y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis*, 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 cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico), 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.

La doctrina expuesta, aplicada al caso que nos ocupa, conduce a la desestimación de la solicitud de D. xxxxxxxxxx.

Aun cuando en la reclamación se manifiesta que "(...) la existencia de una actuación negligente y culposa por parte de los facultativos es la única causa de los daños producidos, ya que las piezas dentales se pierden como consecuencia de una deficiente aplicación de los aparatos de anestesia (...)", lo cierto es que son afirmaciones formuladas por la parte reclamante sin aval técnico alguno.

De la documentación obrante en el expediente se desprende, a juicio de este Consejo Consultivo, que no pueden considerarse infringidos los parámetros entre los que se desenvuelve la *lex artis* por el hecho de que en la intervención de resección transmetral de tumor vesical, practicada el 4 de septiembre de 2001, bajo anestesia general, al practicarse la intubación se produjera la pérdida de dos piezas dentales, ya que éste es un riesgo típico, aun cuando excepcional, de este tipo de actos, en los que pese a desarrollarse con la mayor diligencia pueden producirse dichas pérdidas indeseadas.

Consideración que se ve reforzada en el caso que nos ocupa, a la vista de las circunstancias concurrentes en D. xxxxxxxxxx, que necesariamente han de ser ponderadas y que permiten afirmar que la dentadura de aquél, como consecuencia de sus condiciones personales (entre las cuales se incluía una piorrea intensa), se encontraba en un estado que incrementaba notablemente los riesgos de pérdida de piezas dentarias como así sucedió.



En este sentido el informe de la Inspección Médica manifiesta:

“(…) la posibilidad de la pérdida de alguna pieza dentaria es un riesgo informado y asumido y más aún cuando como en su caso la existencia de padecimientos previos, como es una piorrea intensa, posibilita la movilidad de las piezas y su extracción sin que exista sangrado de la encía que abogaría por una extracción traumática”.

Respetada, pues, la *lex artis*, el daño sufrido no tiene carácter antijurídico y la obligación de reparar no puede recaer sobre la Administración, conforme a todo lo expuesto más arriba.

Por último hay que señalar que aun cuando el reclamante manifiesta que no se le hizo ni él autorizó nada relacionado con la extirpación de piezas dentarias, lo cierto es que en el presente caso tampoco cabe considerar que alcance responsabilidad alguna a la Administración sanitaria por dicho motivo, tal y como cabe concluir de las siguientes consideraciones:

a) Se trata de un paciente al que en enero-febrero de 1997 se le diagnostica un tumor vesical (carcinoma papilar urotelial de vejiga) y al que desde entonces se le han practicado, como consecuencia de diferentes recidivas, cinco intervenciones quirúrgicas con tal motivo, todas ellas con anestesia general.

b) Que consta en el historial clínico, aunque sin fechas, los siguientes documentos firmados por el paciente:

- Documento de “consentimiento informado para anestesia general”, en el que consta: “Riesgos típicos de la anestesia general: Excepcionalmente, la introducción del tubo hasta la tráquea puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente”.

- Documento de “consentimiento informado para anestesia loco-regional”.

c) Que constan en el historial clínico hasta nueve documentos de “autorización para intervención, tratamiento o prueba diagnóstica”, el último firmado por el paciente en fecha 19 de junio de 2002, constando en todos ellos



la siguiente manifestación: "Acepto y autorizo la administración del tipo de anestesia que sea considerada necesaria o aconsejable en el criterio de los Médicos del Servicio".

Todo ello nos permite concluir que no cuestionándose la procedencia de la intervención quirúrgica a la que se sometió voluntariamente el reclamante, con conocimiento de su necesidad y de los riesgos que conllevaba, como en anteriores ocasiones, y resultando ajustada a la *lex artis ad hoc*, incluida, como ya se ha señalado, la intubación practicada, procede desestimar la reclamación formulada por D. xxxxxxxxxx.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxxxxxxx debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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