



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero y

Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 24 de julio de 2008, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx en nombre y representación de su hijo eeeee, 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 20 de junio de 2008, 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. xxxxx, en nombre y representación de su hijo eeeee, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 24 de junio de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 602/2008, 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 el Sr. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- D. xxxxx, en nombre y representación de su hijo eeeee, presenta el 28 de diciembre de 2004, en el registro de la Gerencia de Atención Primaria de xxxxx, una reclamación de responsabilidad patrimonial, solicitando



una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

No cuantifica la indemnización que se solicita.

Segundo.- Con fecha 20 de octubre de 2004, eeeee, de 12 años de edad, acude a un Centro de Salud de xxxxx, localidad donde se encontraba por motivos de estudios, tras sufrir un traumatismo en un dedo de la mano derecha "no aportando cartilla de la Seguridad Social ni otro documento".

En el referido centro médico se le solicita un estudio radiológico, inmovilizándole con vendaje funcional, prescribiéndole un analgésico y un antiinflamatorio. Según el reclamante, su hijo es tratado de forma despectiva por la falta de documentación sanitaria.

El 29 de octubre de 2004 el paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital hhhhh de xxxxx, en el que se aprecia rotura de falange distal del 5º dedo, aplicando una nueva inmovilización con férula de yeso, y prescribiendo como tratamiento "reposo y brazo en cabestrillo".

El paciente tenía programadas diversas citas en consultas externas para seguir la evolución de la lesión, a las que no acude.

El 8 de noviembre de 2004 el menor acude a un centro privado donde se le diagnostica una fractura de epifisiolisis distal de falange proximal del 5º dedo de la mano derecha, retirándose la férula de yeso, prescribiéndole movilización activa y mantener "sindactilia" dos semanas más.

El 10 de enero de 2005, el paciente es remitido por su médico general a un especialista en traumatología, que aprecia una angulación en valgo de la articulación interfalángica proximal del 5º dedo de la mano derecha, prescribiéndole baños y una órtesis de realineación interfalángica, para su colocación en horas de descanso durante un periodo de 2 meses. El 18 de abril de 2005 se le da de alta por curación.

Tercero.- Al expediente se incorpora la historia clínica del Hospital hhhhh2, así como los informes de unidades médicas y profesionales que se detallan a continuación:



- Informe del Centro de Salud de xxxxx, fechado el 17 de febrero de 2005.

- Informe de la Inspección Médica, de 19 de octubre de 2005, en el que se llega, entre otras consideraciones, a la siguiente conclusión: "A la vista de lo anterior el tratamiento inicial realizado en el Centro de Salud de xxxxx parecía insuficiente o en todo caso hacía aconsejable la valoración del mismo por un especialista en traumatología. Si bien a pesar de ello no fue precisa la realización posterior de ningún tipo de reducción de la fractura como tratamiento previo a continuar con la inmovilización de la misma".

Cuarto.- Concluida la instrucción del expediente se concede trámite de audiencia a la parte interesada, mediante la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de xxxxx al no constar su domicilio, a efectos de que formule las alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime oportunos. No constan nuevas alegaciones.

Quinto.- Con fecha 20 de mayo de 2008, la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud dicta propuesta desestimatoria, al no haber quedado acreditado el daño efectivo.

Sexto.- El 26 de mayo de 2008 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta 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.

No obstante, es preciso hacer una observación a la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, toda vez que existe una evidente tardanza en su tramitación, lo que necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a 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 de responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- No consta en el expediente administrativo la concurrencia en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El reclamante actúa en representación ordinaria, en ejercicio de la patria potestad, sin que conste libro de familia u otro documento acreditativo de la referida relación jurídica.

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.

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 mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la también citada 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 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.

5ª.- La parte interesada 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, según el cual, "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”.

6ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. xxxxx, en nombre y representación de su hijo eeeee, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

La parte reclamante alega un trato despectivo y una actuación médica negligente, al no ser remitido directamente a un traumatólogo y serle prescrito un medicamento inadecuado.

La teoría de la *lex artis* constituye desde hace años un límite preciso de la objetiva responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, teoría que 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, 3.657/2002 y 3.623/2003).

Esta teoría parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios –debe recordarse 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 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* 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 sometido a dictamen, requiere analizar si el tratamiento prestado a la reclamante por la Administración sanitaria fue adecuado según la *lex artis ad hoc*.

En el supuesto analizado el tratamiento prescrito fue adecuado a la lesión que padecía el menor. La propuesta de resolución reconoce, citando a la Inspección Médica, que el tratamiento inicial pudo ser insuficiente y hubiese sido más aconsejable la valoración por un traumatólogo. No obstante, el tratamiento inmovilizador fue correcto, "sin que fuese preciso en las valoraciones realizadas efectuar reducción de la fractura".

El diagnóstico inicial únicamente pudo producir un retraso en el tratamiento, dado que del expediente administrativo no se desprende que la demora fuera determinante de alguna secuela, o de la pérdida de oportunidades terapéuticas. No hay que olvidar que corresponde al reclamante 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 ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios finales cuya indemnización reclama. Este mismo criterio se debe aplicar a las alegaciones realizadas sobre un presunto trato denigrante al enfermo, o sobre una medicación inadecuada.

No corresponde tampoco el reintegro de gastos médicos, dado que, el paciente estaba citado para consulta externas con traumatología. Por ello no puede imputarse causalmente al funcionamiento de la Administración el abandono de los servicios públicos sanitarios por el interesado y, en consecuencia, el daño cuyo resarcimiento se pretende, cuando examinado y diagnosticado en urgencias el 29 de octubre, tenía previsto el examen por un especialista el 5 de noviembre, y en un breve periodo renuncia al tratamiento de la medicina pública, siendo examinado el día 8 de noviembre en un centro privado.

Todo ello sin negar, obviamente, el legítimo derecho del paciente a acudir a la sanidad privada, en cuyo caso las consecuencias económicas de tal



decisión no pueden ser trasladadas, sin más, a la Administración titular del servicio sanitario público. En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en el Dictamen 2.850/2003, de 30 de octubre, así como este Consejo Consultivo (por todos Dictámenes 145/2004, y 508/2007).

De este modo, el Consejo Consultivo comparte la propuesta desestimatoria formulada por la Consejería de Sanidad en el supuesto objeto de dictamen, basada en el completo análisis jurisprudencial y doctrinal expuesto en la propuesta sometida a dictamen.

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. xxxxx, en nombre y representación de su hijo eeeee 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.