



Sr. Madrid López, Presidente en funciones

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Pérez Solano, Consejero y Ponente
Sr. Nalda García, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 21 de febrero de 2008, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, en nombre y representación de su hija ccccc, 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 23 de enero de 2008 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo, sobre expediente de *responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, en nombre y representación de su hija ccccc, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Centro de Salud de xxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 24 de enero de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 70/2008, 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. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- Con fecha 29 de septiembre de 2006, tiene entrada en el registro de la Gerencia de Salud de Área de xxxxx, escrito de reclamación de



Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija ccccc.

Expone en su reclamación que "con fecha de 18 de marzo de 2004 acudió al dentista del seguro en xxxxx para sacarse una muela y no estando éste sino un sustituto en su lugar, de forma involuntaria le fue extraída una pieza sana por confusión.

»Con fecha 15 de abril de 2004 se hizo la reclamación pertinente en la Junta de Castilla y León, Insalud Gerencia atención primaria.

»De esta institución se recibió una carta con fecha 26 de mayo de 2004 informándonos que se había dado trámite a la Gerencia de Salud, la cual nos informaría de las actuaciones que realizase.

»Parece ser que la Gerencia de Salud no ha recibido ningún trámite de la Gerencia de Atención Primaria o bien la Gerencia de Atención Primaria no tramitó el informe a la Gerencia de salud. (...)

»Se solicita tramitación por la vía de responsabilidad patrimonial para que la niña ccccc se le realice un implante en el lugar de la pieza que fue extraída haciéndose cargo el Sacyl de los gastos que correspondan".

Adjunta a su escrito copia de la primera reclamación presentada en fecha 15 de abril de 2004, con informe favorable de la Coordinadora del Centro de Salud -deduciéndose esto del expediente, pues la firma es ilegible-.

Segundo.- El 20 de octubre de 2006, previo requerimiento, se presenta por Dña. xxxxx la siguiente documentación:

- Presupuesto de la Clínica del Dr. ddddd, para la colocación de implante a nivel de 24 por importe de 800 euros.

- Presupuesto del Dr. dddd1, de 17 de octubre de 2006 por importe de 985,35 euros.

- Escrito del padre de la menor solicitando se indemnicen los gastos ocasionados por el incidente ocurrido; "radiografías, desplazamientos,



días perdidos de trabajo que ascienden a 500 euros. Aparte de esto el daño moral sufrido (...)

- Copia del DNI de la madre de la menor.

Tercero.- Consta en el expediente informe de 3 de mayo de 2004, emitido por el médico odontólogo sustituto que atendió a la menor, en el que manifiesta que "no puedo recordar ni a la paciente ni a su madre, ya que al no haber ocurrido ningún incidente, no hay ningún dato que me aclare lo ocurrido, por lo que no puedo responsabilizarme de algo de lo que no tengo constancia que ocurriera".

Cuarto.- El 20 de mayo de 2004, el médico estomatólogo titular adjunta historia clínica de la menor e informe con el siguiente contenido:

"(...) se puede observar como el día 19-02-04 se hace constar que hay que hacer la exodoncia de las piezas 14-24-35-45, realizándole ese día la exodoncia de la pieza 14. Posteriormente como puede comprobarse en la historia el día 04-03-04 se realiza la exodoncia de la pieza 45 y el día 11-03-04 la pieza 24.

»El 18-03-04 me sustituye D. (...), realizándole según historia la exodoncia de la pieza 35. El día 05-04-04, acude la niña a la consulta después de haber estado en el Ortodoncista diciendo que se le ha quitado una pieza equivocada, la exploro y efectivamente compruebo que la pieza 25 falta y que conserva en boca la pieza 35 que se supone que se le había extraído el 18-03-04.

»La conservación de la pieza 25 es fundamental para la niña y debe ser repuesta en boca mediante implantología, lo antes posible".

Quinto.- El día 31 de octubre de 2006 se notifica a la parte interesada la admisión a trámite de la solicitud formulada el 29 de septiembre de 2006.

Sexto.- Con fecha de 8 de noviembre de 2006 la Inspección Médica emite informe en el que se recoge que "de los hechos constatados en las actuaciones realizadas se desprende que la pieza extraída erróneamente a la niña el día 18-03-04 fue la pieza 25, en lugar de la pieza 35"(...), concluyendo que procede el abono de los gastos que correspondan a la restitución mediante



implantología dental fija de la pieza 25, extraída indebidamente a la paciente ccccc, en el Centro de Salud de xxxxx". Asimismo se advierte que los presupuestos presentados corresponden a la restitución de la pieza 24, siendo la pieza extraída erróneamente la pieza 25.

Séptimo.- Previa notificación de trámite de audiencia, el día 29 de noviembre de 2006 se presenta por la interesada escrito aclaratorio respecto de los presupuestos remitidos, manifestando que "es cierto que en su día presenté dos presupuestos, pero en realidad eran uno mismo, puesto que en este tipo de trabajo, tienen que actuar dos especialistas, cada uno en su área respectiva. El presupuesto, por tanto queda desglosado de la siguiente forma:

»Dr. Don vvvvv.....985,00 €

»Dr. Don ddddd.....800,00 €".

Octavo.- El día 5 de enero de 2006, previa solicitud de subsanación requerida al efecto, se presenta la siguiente documentación complementaria:

- Copia del Libro de Familia.

- Escrito redactado por la madre de la menor con el siguiente contenido:

"Respecto al escrito presentado por ggggg, (-padre de la niña-), son gastos que no les puede justificar con facturas, ya que los viajes los ha hecho con su propio coche, además los días perdidos de trabajo se lo ha descontado la empresa de la nómina.

»8 viajes por 100 Km, cada uno.

»8 días perdidos de trabajo 45 € cada día.

»Respecto aportar factura de la reposición de la pieza perdida no las puedo presentar porque no se ha efectuado.

»Y por último, el tema de que quede claro la cuestión de la pieza dentaria nº 24 y nº 25. No lo he podido conseguir por el motivo que el



especialista que lo tiene que aclarar está de vacaciones, lo antes posible que lo consiga se lo remitiré”.

- Escrito del padre de la menor en que cuantifica los daños de la siguiente manera: “5 días de trabajo a un importe de 75 euros cada uno, lo que asciende a un total de 375 euros”; “37 viajes a xxxxx, que dista a 40 Km de mi lugar de residencia, xxxxx, y que hacen un total de 2.960 Km.”; reclama asimismo el importe de 2 radiografías realizadas hace tres años y de las que no conserva factura, pero que estima en unos 65 euros.

- Factura emitida el día 15 de marzo de 2007, de la Clínica del Dr. ddddd por importe de 830 euros.

- Factura de 25 de octubre de 2007, del Dr. dddd1, por importe de 1.237,35 euros por la asistencia dispensada a la menor en la pieza nº 25.

- Copia de la ficha de seguimiento de visitas de Sacyl, en la que se constata que se le ha realizado exodoncia de la pieza 25 y conserva en boca la pieza 35.

Noveno.- El día 12 de diciembre de 2007 se redacta propuesta de resolución estimatoria parcial, por importe de de 2.153,03 euros, por el Director General de Desarrollo Sanitario, con pronunciamiento discrepante en cuanto al monto de la indemnización, por no resultar acreditadas la totalidad de las partidas que se reclaman.

Décimo.- El 4 de enero de 2008, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la Propuesta de Orden indicada.

Decimoprimer.- El día 12 de diciembre de 2007 la Dirección General de Administración e Infraestructuras formula la propuesta de orden por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial.

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 Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Debe hacerse no obstante un duro reproche en relación con la demora injustificada en la tramitación y resolución del expediente. La reclamación se formula -en un primer momento- el día 15 de abril de 2004 y, ante la pasividad de la Administración, la interesada se ve obligada a presentar nueva solicitud el 29 de septiembre de 2006. Por otra parte, desde que se presenta la segunda reclamación (septiembre de 2006), hasta el momento en que se redacta la propuesta de orden (diciembre de 2007), transcurre más de un año, lo que necesariamente ha de considerarse como una vulneración por la Administración de los 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.

3ª.- Concurren en la parte interesada los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 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 Autónoma 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 citada 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, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad 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 3.583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3.251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.008/2005, de 1 de diciembre; 1.134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), 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.

Además, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites razonables), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica concreta, con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de daños y perjuicios formulada por Dña. xxxxx, en representación de su hija, ccccc, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Centro de Salud de xxxxx.

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, esto es, antes de transcurrir un año desde la fecha del hecho causante.

6ª.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo, al igual que los órganos que han informado a lo largo del procedimiento, que procede estimar la reclamación, en los términos y por las razones que procedemos a exponer y analizar.

Señala la parte reclamante en su escrito que ha quedado demostrado que ha existido una mala asistencia sanitaria, al extraer (por error) una pieza dental sana en lugar de la que correspondía, que estaba debidamente identificada en la ficha de seguimiento de visitas.

La cuestión fundamental se centra en determinar si los daños sufridos como consecuencia de la intervención dispensada tienen o no carácter antijurídico, haciendo surgir o no, junto a los demás presupuestos, la obligación de reparar de la Administración.



En este sentido hay que señalar que la teoría de la *lex artis* constituye desde hace años 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, 3,657/2002 y 3,623/2003). 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, 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, permite concluir que el daño sufrido por la interesada tiene el carácter de antijurídico y que no tiene el deber de soportar.

En este sentido, teniendo en cuenta los informes que obran en el expediente y especialmente el emitido por la Inspección Médica el 8 de noviembre de 2006, no parece que existan dudas sobre la existencia de



responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria derivada de la asistencia prestada a la paciente.

Así, el informe de la Inspección concluye afirmando: "(...) de los hechos constatados en las actuaciones realizadas se desprende que la pieza extraída erróneamente a la niña el día 18-03-04 fue la pieza 25, en lugar de la pieza 35. (...). Procede el abono de los gastos que correspondan a la restitución mediante implantología dental fija de la pieza 25 extraída indebidamente a la paciente (...)".

A la vista de lo expuesto puede concluirse que el daño sufrido por la paciente tiene la consideración de antijurídico, apreciándose la existencia de infracción de la *lex artis ad hoc* por parte del facultativo que atendió a la paciente, ya que cuando ésta acude a la consulta el 18 de marzo de 2004 para la extracción de la pieza programada, se le extrae por error otra distinta.

Por ello, este Consejo Consultivo considera procedente declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al considerar demostrado que ha existido infracción de la *lex artis ad hoc* en la asistencia recibida.

7ª.- Por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, reconocida en la propuesta de resolución, se considera adecuada, puesto que sólo tiene en cuenta los gastos debidamente justificados. Así, por no presentarse documento acreditativo de la pérdida de honorarios profesionales por el padre de la menor, ni justificación de la realización de dos radiografías cuyo importe se reclama, estas partidas carecen del mínimo soporte probatorio y no pueden ser estimadas. Por último, y en cuanto a la valoración de los gastos de desplazamiento, de conformidad con el artículo 141.2 de la Ley 30/1992 -en cuanto se remite a la legislación fiscal, entre otras, para la determinación de la indemnización- se considera adecuado el criterio aplicado por la Administración Autónoma de acudir a la baremación contenida en la legislación sobre IRPF.

Todo ello sin perjuicio de que el importe de la indemnización se actualice a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de conformidad con el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, antes citada.



III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 2.153,03 euros, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, en nombre y representación de su hija ccccc, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Centro de Salud de xxxxx.

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