



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero y
Ponente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 16 de mayo de 2012, ha examinado el *expediente 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 13 de abril de 2012 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 en el Complejo Asistencial de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 18 de abril de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 258/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre, vigente en el momento de la admisión. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Rey Martínez.

Primero.- El 17 de agosto de 2007 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial de xxxx1.



En su escrito expone que el 19 de enero de 2003 se cayó fortuitamente y se dañó el codo derecho, por lo que acudió al Servicio de Urgencias del citado Complejo Asistencial, que diagnosticó "fisura cabeza de cúbito", le colocaron férula de inmovilización y la derivaron a Traumatología. En dicho Servicio le repitieron la radiografía, le colocaron la misma férula y le recomendaron mover el brazo. Revisada posteriormente, fue remitida a Rehabilitación, en donde detectaron que se trataba de una subluxación de codo derecho. A la vista de ello fue intervenida. Al resultar dañado el nervio cubital, le pautaron de nuevo rehabilitación y finalmente fue derivada al Servicio de Cirugía Plástica del Hospital hhhh de xxxx2 para tratamiento.

Considera que la asistencia recibida ha sido inadecuada a causa de un anormal y erróneo diagnóstico. Reclama por ello una indemnización total de 103.610 euros por 7 días de estancia hospitalaria, 680 días de incapacidad impeditivos, secuelas, factor de corrección y daños morales.

Adjunta copia de informes médicos y documentación clínica.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, copia de las Diligencias Previas nº xx seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 1 de xxxx1; informes de los Servicios de Urgencias y Traumatología del Hospital de xxxx1 que atendió a la paciente; dictamen médico elaborado a instancia de la compañía aseguradora e informe de la Inspección Médica de 15 de septiembre de 2008, que concluye que, tal como se indica en el informe médico forense, el error de diagnóstico pudo producirse como consecuencia de diversos factores que dificultaron el diagnóstico, entre los que deben destacarse principalmente la rareza de la luxación medial de codo, que es una lesión muy infrecuente, las manifestaciones clínicas muy poco expresivas que presentaba la enferma, la dificultad para valorar la deformidad anatómica del codo y la dificultad para interpretar las radiografías en estos casos. Asimismo indica que, una vez diagnosticada la luxación, la asistencia prestada fue correcta y adecuada en cada momento del proceso.

Tercero.- Consta en el expediente escrito de 26 de marzo de 2009 del Jefe de Servicio de Inspección en el que comunica que, reunida la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil, se han dado instrucciones a la



Compañía de Seguros ssss para que se ponga en contacto con la reclamante a efectos de formalizar una propuesta de acuerdo indemnizatorio.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia, la reclamante presenta escrito en el que manifiesta no estar de acuerdo con la indemnización propuesta ni con los criterios utilizados para su cálculo y reitera su pretensión indemnizatoria.

Quinto.- Obra en el expediente dictamen médico pericial de 7 de noviembre de 2011, emitido a solicitud del instructor.

Sexto.- Mediante escrito de 15 de noviembre de 2011 se concede nuevo trámite de audiencia a la interesada, quien presenta escrito de alegaciones en el que interesa la resolución final del procedimiento de conformidad con las peticiones recogidas en su reclamación.

Séptimo.- El 16 de enero de 2012 se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación y se reconoce el derecho de la reclamante a percibir una indemnización de 19.515,67 euros.

Octavo.- El 5 de marzo de 2012 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente, si bien realiza una serie de consideraciones respecto a trámites realizados y al ofrecimiento de los recursos pertinentes.

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, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (17 de agosto de 2007) hasta que se formula la propuesta de orden (16 de enero de 2012). 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 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 se pueda producir.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, 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, al estar, 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.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida".

La dificultad de prueba del nexo causal en procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que hay multiplicidad de causas y causantes de los daños, se acrecienta cuando se trata de lo que la doctrina denomina "daños pasivos", o daños que no son consecuencia de una acción directa del facultativo, sino que son debidos a errores de diagnóstico u omisiones de la Administración Sanitaria o del tratamiento, que privan al paciente de cuidados médicos necesarios en el tiempo adecuado.



5ª.- En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a estimar parcialmente la reclamación.

Sin perjuicio de que de la documentación obrante en el expediente se desprenda la existencia de las dificultades que presentaba el diagnóstico inicial (entre los factores que dificultaron el diagnóstico deben señalarse la rareza de la luxación medial de codo, la escasa expresividad clínica que presentó el cuadro, la dificultad para valorar la deformidad anatómica del codo y la dificultad para interpretar las radiografías en estos casos), ello condujo a un retraso en la reducción de la luxación que tuvo que ser realizada de forma quirúrgica. No cabe dudar que tal error influye de modo decisivo en el daño finalmente padecido, y ello con independencia de que, una vez diagnosticada la luxación, la asistencia prestada fuera correcta, al señalar que la neuropatía postoperatoria que presentó es un riesgo propio de dicha cirugía y no supone ningún tipo de actuación incorrecta de los cirujanos y, finalmente, que la asistencia prestada a la enferma, tras aparecer la lesión cubital, fuera la adecuada ante esta complicación.

Esto es, existe un error en el diagnóstico de la subluxación medial de codo que realmente padecía, de 40 días, producido por una errónea interpretación de las radiografías y los signos y síntomas de la paciente.

El dictamen médico pericial de 7 de noviembre de 2011 señala que “Aun cuando la luxación de codo es susceptible de tratamiento conservador, similar al realizado a la perjudicada, la falta de reducción condiciona que la reducción cerrada sea muy difícil y se precise una reducción abierta (quirúrgica)”.

Tal informe concluye que “dicho retraso diagnóstico influyó en el posterior tratamiento de la lesión, precisando reducción quirúrgica, a raíz de la cual aconteció, como complicación, la producción de una lesión del nervio cubital que igualmente precisó de reparación quirúrgica. Debido a que la necesidad de cirugía estuvo condicionada por el retraso diagnóstico, dicha cirugía y sus consecuencias han de considerarse como constituyente del daño producido”. Señala, por otra parte, que “la actuación médica fue deficiente”.

A la luz de todo lo expuesto, la reclamación debe estimarse.



6ª.- Respecto al importe de la indemnización, la propuesta de resolución tiene en cuenta los daños acreditados en el informe de alta médico forense de 11 de enero de 2005. En consecuencia, cuantifica la indemnización final por lesiones permanentes en 10.114,81 euros, que resulta de sumar las cantidades estimadas por concurrencia de incapacidades (6.258,48 euros), por perjuicio estético (2.936,8 euros) y el 10% de factor corrección.

Por otra parte, valora la indemnización por incapacidad temporal en 475,86 euros por los siete días de hospitalización y 8.925 euros por 300 días no improductivos. A diferencia de lo previsto para la apreciación del factor de corrección en las indemnizaciones por muerte y lesiones permanentes, en las indemnizaciones por incapacidad temporal no se contempla la inclusión automática de un aumento de hasta el 10%, si se trata de "cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos. No obstante en la cuantificación de la incapacidad temporal deben incluirse 7 días improductivos.

La propuesta de resolución considera que no procede el abono de una indemnización por los daños morales causados, porque las cantidades establecidas en el baremo recogido en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y del seguro en la circulación de vehículos de motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, utilizada en la propuesta de resolución, comprenden la cuantificación de estos daños.

Por último, debe señalarse que si bien en la valoración de la indemnización la Administración ha tomado en cuenta 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, y la actualización de este sistema por Resolución de 20 de enero de 2011 de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones, en el presente caso debe tomarse en cuenta la actualización de este sistema previsto por la Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

III CONCLUSIONES

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



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 10.114,81 euros, 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 en el Complejo Asistencial de xxxx1.

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