



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 7 de julio de 2016, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. 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 junio de 2016 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 D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Punto de Atención Continuada de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 15 de junio de 2016 se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 253/2016, 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. Sobrini Lacruz.

Primero.- El 28 de enero de 2014 D. xxxx, de 24 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y secuelas que padece, consistentes en la rigidez parcial del tercer dedo de la mano derecha, con pérdida de fuerza, que atribuye a una defectuosa asistencia

sanitaria prestada en Urgencias de Atención Primaria del Centro de Salud xxxx1, al que acudió el 6 de octubre de 2011 por un corte sufrido en dicho dedo. En este Centro le suturaron la herida sin realizar prueba alguna que ofreciese más garantías para establecer un diagnóstico y el alcance de la lesión y sin darle la baja médica, lo que derivó en la rotura completa del tendón del flexor profundo y sección de ambos nervios colaterales de tercer dedo de mano derecha, por lo que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx2 el día 30 de enero de 2013, derivado por el Complejo Hospitalario de xxxx3.

Solicita una indemnización de 3.940,35 euros.

Adjunta a su reclamación copias de los informes de la asistencia sanitaria recibida.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica del paciente, informe de la Médico de Atención Primaria del Centro de Salud xxxx1 que atendió a éste el día de los hechos, informe de la enfermera de dicho centro de salud que efectuó la sutura, informe del Coordinador Médico del Centro de Salud de xxxx4 y médico de Atención Primaria del reclamante e informe de la Inspección Médica de 6 de agosto de 2015 en el que se concluye: "Se trata de un caso difícil de valorar por la escasez de los datos recogidos en el informe de asistencia urgente de 06/10/2011 y en el hecho de que la Dra. (...), que atendió al paciente ese día, afirme en su informe de 21/02/2014 no recordar nada del paciente.

»Con los datos disponibles puede afirmarse que ha podido producirse una pérdida de oportunidad terapéutica para el paciente, en parte porque, aunque una sección parcial tendinosa puede ser difícil de diagnosticar, en la consulta de urgencias de 06/10/2011 no se realizó un examen y una exploración adecuados, en parte por la actuación del propio paciente por no acudir a su centro de salud para ser valorado por su médico de Atención Primaria desde el momento en que empezó a presentar una evolución desfavorable y, finalmente, por la tardanza en ser valorado y diagnosticado en el Servicio de Traumatología y posteriormente en el Servicio de Cirugía Plástica".

Tercero.- Obra en el expediente escrito de 11 de marzo de 2016 del Jefe de Servicio de Inspección, en el que comunica que procede continuar con la tramitación del procedimiento.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia, el reclamante presenta alegaciones en las que se ratifica en lo expuesto en su reclamación y solicita una indemnización de 6.372,35 euros, desglosados del siguiente modo:

- 2 días de hospitalización x 80 euros=160 euros.
- 38 días impeditivos x 64 euros=2.432 euros.
- Secuelas (2 puntos)=1.780,35 euros.
- Daños morales= 2.000 euros.

Quinto.- El 10 de mayo de 2016 se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación al quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público y reconoce al interesado una indemnización total de 4.220,80 euros.

Sexto.- El 25 de mayo de 2016 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente dicha propuesta.

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 (28 de enero de 2014) hasta que se formula la propuesta de orden (10 de mayo de 2016). 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, 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. Consta que se formuló el 28 de enero de 2014, es decir, antes de transcurrir un año desde que se determinara el alcance de las secuelas de la actuación médica que tuvo lugar el 6 de octubre de 2011, ya que no fue hasta la fecha de recibir el alta en su proceso de incapacidad temporal, el 11 de marzo de 2013, tras la recuperación de la cirugía practicada el 30 de enero, cuando quedó establecida la secuela de hipoestesia del tercer dedo de la mano derecha.

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 aquel que pueda producirse.

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, que están, 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.

Con motivo del examen de algunos supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria, el Consejo Consultivo de Castilla y León, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, ha analizado lo que se ha venido a denominar "teoría de la pérdida de oportunidades" (pérdida de oportunidades terapéuticas). Se trataría de la valoración de la responsabilidad por la disminución o merma de oportunidad de curación, o de minoración de las secuelas, para singularizar aquellos procedimientos en que, por la omisión de una prueba analítica o técnica, de un tratamiento o procedimiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un determinado medicamento más completo, o simplemente por un excesivo retraso, se ha privado al paciente de una posibilidad de curación. En tales casos, al partir de un quebranto de la *lex artis*, debe valorarse el perjuicio de forma proporcional a la pérdida de dicha oportunidad.

El Consejo Consultivo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la pérdida de oportunidades terapéuticas directamente en los Dictámenes 672/2004; 842/2005; 194, 388, 561/2006; 93 y 148/2007; 360 y 1.172/2009; 290/2015 e indirectamente en otros muchos asuntos.

La teoría debe ser aplicada con precaución, ya que ha de tenerse presente la dificultad probatoria y la dificultad en la obtención de criterios objetivos, al tratarse de los problemáticos "daños pasivos" antes referidos. Así, como señala la Memoria del Consejo de Estado del año 2005, "(...) ésta es una doctrina no sólo incipiente sino muy susceptible de debate público, ya que en último extremo se trata de saber qué habría pasado en realidad si no llega a producirse ese error, sobre la base de que es la propia salud del paciente la que en realidad causa el daño, siendo la actividad sanitaria una actividad que concurre con ese nexo de causalidad pero de imposible constatación de cuál habría sido entonces el resultado final, ya que solo si el servicio se hubiera prestado correctamente se sabría si el resultado resultó en último extremo un éxito o, por el contrario, inútil al no evitar la propia condición del paciente y la evolución de la enfermedad el resultado dañoso que se produjo en cualquier

caso. Es la dificultad de valoración de la pérdida de oportunidad de obtener un resultado favorable que nadie, ni siquiera el mejor funcionamiento posible de los servicios sanitarios puede en realidad garantizar, lo que se intenta valorar, sin que por definición haya parámetros totalmente objetivos para poder imputar el daño al funcionamiento del servicio, ya que es perfectamente posible que, aunque hubieran funcionado a la perfección los servicios sanitarios y conforme al estado de arte en el uso de la tecnología médica, no se puede probar que se habría evitado el resultado dañoso que en último extremo se produjo, pudiendo sin embargo argumentarse que, si hubieran funcionado correctamente los servicios sanitarios, quizás se habría producido otro resultado más favorable para la salud del paciente”.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, la presente reclamación se basa en una negligencia médica, concretada en una ausencia de pruebas radiológicas que debieron practicarse en el Servicio de Urgencias antes de proceder a la sutura de la herida, lo que hubiera impedido la secuela que padece el reclamante consistente en la rigidez parcial del tercer dedo de la mano derecha, con pérdida de fuerza.

A la vista de lo expuesto habría que valorar si la asistencia prestada al interesado fue suficiente y ajustada a las exigencias de la *lex artis*, y si las omisiones producidas condicionan el resultado final, lo que comporta el análisis de la pérdida de oportunidad.

El informe de la Inspección Médica de 6 de agosto de 2015 señala que la radiografía simple no es de utilidad en el diagnóstico de lesiones de partes blandas y que otras pruebas de imagen, como la ecografía, solamente estarían indicadas si, tras una completa exploración, existieran indicios de afectación tendinosa, por lo que no es un proceso de diagnóstico que deba realizarse ante cualquier herida en la mano, sino solamente en los casos seleccionados. No obstante, manifiesta que en la consulta de Urgencias de 6 de octubre de 2011 no se realizaron ni un examen ni una exploración adecuada, actuaciones que debieron efectuarse antes de proceder a la sutura de la herida, por lo que la actuación médica resultó contraria a la *lex artis*.

Debe recalcar que la doctrina de la pérdida de oportunidad se refiere a supuestos en que hay una concausa en la producción del desenlace final. Junto a la enfermedad hay una acción u omisión sanitaria que disminuye las

posibilidades de curación, sin que pueda saberse con certeza si dichas posibilidades se habrían o no materializado en el caso de prestarse adecuadamente el servicio sanitario.

La falta de realización de pruebas en Urgencias antes de practicar la sutura de la herida, es imputable a la Administración Sanitaria, ya que supone que el paciente perdió la oportunidad de haber recuperado la movilidad del tercer dedo de la mano derecha que hubiera tenido si se hubieran practicado estas pruebas en el momento oportuno.

En definitiva, hay grandes probabilidades de que la actuación médica tardía le haya privado de las posibilidades estadísticas que tenía de curación o de que su enfermedad hubiera evolucionado de forma distinta. El paciente tuvo una pérdida de oportunidad ante la ausencia de una atención sanitaria adecuada a su dolencia, por lo que procede declarar la responsabilidad de la Administración Pública, si bien su conducta también pudo influir en el agravamiento de su dolencia, pues no acudió a su médico de Atención Primaria hasta transcurrido un mes después del accidente. A pesar de que en su reclamación se queja de que, al no estar de baja laboral y continuar trabajando comenzó a sufrir fuertes dolores en la herida, lo decisivo fue la actuación de la Administración tanto por la falta de pruebas en Urgencias antes de proceder a la sutura de la herida como por el excesivo retraso, más de tres meses, desde que el médico de Atención Primaria deriva al paciente al especialista con sospecha de rotura del tendón y le ven en consulta de Traumatología. De este modo, cuando por fin le intervienen en el Servicio de Cirugía Plástica del Complejo Asistencial Universitario de xxx2 han pasado más de seis meses desde que fue derivado por su médico de Atención Primaria, descartándose ya la cirugía de reconstrucción tendinosa.

Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo considera que la reclamación debe estimarse, al quedar acreditada la relación de causalidad ente el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público.

6ª.- Para cuantificar la indemnización que corresponde al interesado es preciso determinar el porcentaje de pérdida de oportunidad que en el presente caso es sustancial. Aunque en el informe de la Inspección Médica se alude a que la conducta del perjudicado pudo influir en el resultado final, lo cierto es que la mayor incidencia causal reside en la actuación de la Administración, que

derivó en una pérdida funcional del tercer dedo de la mano derecha del paciente, por lo que la pérdida de oportunidad en este caso es del 100%.

Para la valoración de la indemnización procedente, 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 5 de marzo de 2014. Criterio que comparte este Consejo Consultivo, ya que tanto el daño como la determinación del alcance de las secuelas se produjeron en un momento anterior a la entrada en vigor de la modificación de la normativa reguladora de la valoración de daños, Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que entró en vigor el 1 de enero de 2016.

La aplicación del baremo tiene carácter orientativo, si bien la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado en Sentencias como la de 17 de julio de 2007 que "pese a las críticas recibidas, el denostado sistema de baremos presenta, entre otras, las siguientes ventajas: 1ª.- Da satisfacción al principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9.3 de la Constitución, pues establece un mecanismo de valoración que conduce a resultados muy parecidos en situaciones similares. 2ª.- Facilita la aplicación de un criterio unitario en la fijación de indemnizaciones con el que se da cumplimiento al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. 3ª.- Agiliza los pagos de los siniestros y disminuye los conflictos judiciales, pues, al ser previsible el pronunciamiento judicial, se evitarán muchos procesos. 4ª.- Da una respuesta a la valoración de los daños morales que, normalmente, está sujeta al subjetivismo más absoluto".

Para el cálculo de la indemnización hay que tener en cuenta en el presente caso los siguientes conceptos:

- 3 días de hospitalización (del 30 de enero al 1 de febrero de 2013) x 71,84 euros=215,52 euros.
- 38 días improductivos x 58,41 euros=2.219,58 euros.
- Secuelas (2 puntos x 811,68 euros)=1.623,36 euros.

Ello supone un total de 4.058,46 euros, cantidad a la que hay que añadir el 10% del factor de corrección, al encontrarse la víctima en edad laboral, con lo que el importe de la indemnización asciende a 4.464,30 euros.

No se indemnizan los daños morales solicitados, ya que este concepto se encuentra incluido en el importe indemnizatorio por incapacidad temporal (tabla V del baremo) y por lesiones permanentes (Tabla III), siendo el número de puntos de secuelas inferior al establecido en la Tabla IV para reconocer un daño moral complementario (más de 75 puntos).

Todo ello, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, anteriormente citada.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 4.464,30 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Punto de Atención Continuada de xxxx1.

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