



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 21 de junio de 2018, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxx1 y Dña. xxx2*, 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 31 de mayo de 2018 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. xxx1 y Dña. xxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo cccc en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el mismo día, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 238/2018, 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 11 de noviembre de 2016 D. xxx1 y Dña. xxx2 presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo cccc.

En su escrito manifiestan que el sábado día 6 de agosto de 2016, sobre las 20:00 horas, su hijo de 8 años de edad sufrió un accidente en un tobogán de la piscina municipal de xxxx2, a consecuencia del cual se produjo avulsión completa del incisivo central izquierdo, diente ya definitivo.

Se dirigen inmediatamente al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de xxxx1 con la pieza dentaria avulsionada, conservada en un recipiente con leche, tal y como está indicado en tales casos. Sin perjuicio de que el trato fue correcto y la espera corta, ponen de manifiesto que la calidad de la atención sanitaria dispensada no fue adecuada. No fue atendido por un cirujano maxilofacial porque, al parecer, no había ninguno de guardia, sino por un especialista en traumatología, que ordenó hacer una radiografía, prescribió enjuagues con un antiséptico bucal y expidió un volante para Cirugía Maxilofacial, el lunes a primera hora; no se practica ninguna cura ni se intenta la reimplantación temprana de la pieza, ni se le deriva a ningún otro centro hospitalario que dispusiera de asistencia de urgencia en dicha especialidad.

El lunes 8 de agosto no había consulta de Cirugía Maxilofacial porque tenían quirófano, no obstante consiguen hablar con el especialista que les informa que, dado el plazo transcurrido desde la avulsión, ya es inútil reimplantar el propio diente.

Como consecuencia de todo ello su hijo ha sufrido la pérdida definitiva de un diente, que era perfectamente evitable si se hubieran aplicado los medios oportunos. La solución es un implante, pero hasta que no se complete su desarrollo serán precisas prótesis temporales.

No cuantifican la indemnización solicitada.

Acompañan a su escrito copia compulsada de Libro de Familia.

**Segundo.-** Al expediente se han incorporado, además de la historia clínica, informe del Servicio de Cirugía Maxilofacial del Complejo Asistencial Universitario de xxxx1, de 29 de noviembre de 2016, informe del Odontostomatólogo del Centro de Salud xxxx3, de 22 de febrero de 2017 (con un contenido similar, también consta informe de 31 de marzo de 2017 del

Servicio de Inspección y Evaluación de Centros) e informe de la Inspección Médica, de 9 de enero de 2017.

**Tercero.-** Concedido trámite de audiencia, el 6 de junio de 2017 los reclamantes presentan alegaciones en las que reiteran la pretensión inicialmente deducida, aportan diversa documentación y cuantifican la indemnización solicitada en 1.000.000 de euros.

**Cuarto.-** El 5 de abril de 2018 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

**Quinto.-** El 9 de mayo de 2018 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

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, sustancialmente, con arreglo a lo previsto en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y título IV, "De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común", de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con las especialidades que se recogen en relación con los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (11 de noviembre de 2016) hasta que se formula la propuesta de orden (5 de abril de 2018). 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 40/2015, de 1 de octubre, como los de eficacia, agilidad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.

**3ª.-** Concurren en los reclamantes los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 39/2015, de 1 de octubre. 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 67.1, párrafo primero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

**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 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a la que además se remite, de forma genérica, 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.

**5ª.-** En cuanto al fondo del asunto, conviene tener presente que 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 está, 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".

En el supuesto objeto de dictamen, el informe del Servicio de Cirugía Maxilofacial pone de manifiesto, entre otros extremos, que el único tratamiento odontológico que realiza es la extracción de los dientes incluidos en los maxilares y que "ante la avulsión de un diente y en el supuesto de que dicho diente y su alvéolo se encuentren íntegros, son necesarios unos medios de fijación del diente avulsionado a los dientes adyacentes para su total inmovilización", careciendo de estos medios de fijación dentaria.

El Decreto 142/2003, de 18 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones de salud bucodental del Sistema de Salud de Castilla y León, se ocupa en su capítulo VI de la prestación de salud bucodental de la población infantil, cuyo artículo 9 incluye como tratamiento odontológico especial, entre otros, el reimplante dentario.

En el informe emitido por el facultativo odontólogo de Atención Primaria el 22 de febrero de 2017 y en el informe del Servicio de Inspección y Evaluación de Centros de 31 de marzo de 2017, en relación con el requerimiento formulado sobre la actuación seguida en el Servicio de Urgencias y si hubiera sido posible

reimplantar la pieza dentaria en su momento o dentro de las 24 horas siguientes y si es posible la reimplantación, simplemente se declara que la reimplantación de pieza dentaria tiene mayor número de éxitos si se reimplanta en la primera hora siguiente al traumatismo, aumentando mucho las complicaciones si se realiza dentro de las dos primeras horas. A partir de las dos horas siguientes al hecho se considera que no debe reimplantarse.

Aunque reintroducir el diente en el alveolo lo podría hacer cualquier profesional, la ferulización posterior solo es posible hacerla en las Unidades de Salud Bucodental, que trabajan de lunes a viernes.

El último de los informes citados concluye que, dada la fecha y hora del accidente, no era posible prestar este tipo de asistencia.

**6ª.-** En el presente caso hay que considerar que la dificultad de prueba del nexo causal en procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que existen 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, entre otros, en los dictámenes 672/2004; 842/2005; 194, 388 y 561/2006; 93 y 148/2007; 360 y 1.172/2009; 105/2010; 156/2012; 619 y 837/2013; 1/2014; 290/2015; 253/2016; 91 y 372/2017 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". En virtud de todo lo expuesto, teniendo en cuenta que la caída que origina la avulsión del diente ocurre un sábado a las 20:00 horas, la rapidez requerida para la reimplantación, las circunstancias del caso concreto, y que los medios disponibles con los que se cuenta en la sanidad pública son necesariamente limitados, no puede tenerse por acreditado que el paciente no obtuviera una asistencia médica adecuada a los medios existentes.

En relación con los medios exigibles en una razonable prestación del servicio sanitario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009



señala que "Frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencias de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, más en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

»Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que la disposición de medios, que, por su propia naturaleza, resulta limitada, no es exigible con un carácter ilimitado a la Administración que, lógicamente y por la propia naturaleza de las cosas, tiene un presupuesto determinado y, en definitiva, solamente podrá exigirse responsabilidad cuando se hubiere acreditado, bien que ha incumplido la ley, no manteniendo en el centro sanitario un servicio exigido por ésta, o bien cuando se acredite por parte de la actora que existe una arbitraria disposición de los elementos con que cuenta el servicio sanitario en la prestación del servicio. Porque aceptar otra cosa supondría que cada centro hospitalario habría de estar dotado de todos los servicios asistenciales que pudieran exigirse al mejor abastecido de los mismos en toda la red hospitalaria, lo que resulta contrario a la razón y, en definitiva, a la limitación de medios disponibles propia de cualquier actividad humana; otra cosa sería si no existiese un centro de referencia dentro de un área que permita la asistencia en un tiempo razonable”.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 1051/2012, de 1 de junio, analiza un caso similar ocurrido en el Servicio de

Urgencias del Complejo Asistencial de xxxx1, en el que se tiene en cuenta que, ante la avulsión dentaria, la reimplantación es el único tratamiento conservador. Con base en un informe médico obrante en el expediente, además de otras circunstancias, se ponía de relieve que no existía un cirujano maxilofacial de guardia de presencia física en el día de los hechos, se carecía de radiografía periapical que descartase una fractura alveolar, la cual contraindica el reimplante, había transcurrido aproximadamente una hora y media y, dadas las condiciones de manipulación, se contraindicaba la intervención y se ponía de relieve la necesidad de ferulización para terminar el tratamiento correcto, competencia de otros especialistas que no estaban disponibles, y el riesgo de broncoaspiración de la pieza dentaria si no existe férula.

En relación con la carencia de medios asistenciales, la citada Sentencia expresamente señala que "aunque ciertamente dudosa, la opción por la reimplantación se vio reducida aún más por el transcurso del tiempo, lo que unido al resto de carencias asistenciales descritas por los facultativos -cirujano maxilofacial, radiografía periapical o especialistas competentes en ferulización-, carencias no suficientemente justificadas en el ámbito de un hospital general, supusieron una cierta pérdida de oportunidad terapéutica determinante de un daño moral indemnizable".

A la vista de la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, este Consejo Consultivo considera que, con independencia de la concreta organización que en orden a la prestación de asistencia buco dental se realice en el territorio de la Comunidad, en el presente caso no está justificada la deficiente atención sanitaria que recibió el paciente, sin que tan siquiera conste que fuese al menos examinado por un especialista, derivándosele para ello, de modo tardío, el lunes a primera hora, a cirugía maxilofacial. El especialista podría haber indicado a los padres, al menos, la posibilidad, de acudir, de modo voluntario, a la medicina privada sin agotar los recursos del sistema sanitario público y, en su caso, de ser posible, realizar un reimplante dental a través de un servicio de urgencias en el sector privado.

En consecuencia, cabe apreciar, como igualmente indica la referida Sentencia, que se ha producido una cierta pérdida de oportunidad terapéutica determinante de un daño moral indemnizable, por lo que procede estimar parcialmente la reclamación.

**7ª.-** Para la valoración de la indemnización procedente normalmente se suele acudir a la normativa reguladora de la valoración de daños, prevista en la 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. No obstante, dadas las particularidades del caso, en el que procede valorar una pérdida remota de oportunidades como daño moral, este Consejo Consultivo, atendiendo las circunstancias excepcionales que concurren y la dificultad que presenta un reimplante dental, considera que procede indemnizar, a tanto alzado, como daño moral, en la cantidad de 5.000 euros.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 5.000 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxx1 y Dña. xxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo cccc en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.

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