



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 12 de julio de 2016, ha examinado el *procedimiento 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 20 de junio de 2016 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 Dña. xxxx debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el día 21 de junio de 2016, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 267/2016, 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 29 de enero de 2015 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 Universitario de xxxx1.

Expone en su escrito que ingresó el día 12 de diciembre de 2014 para la colocación de una prótesis de cadera, y cuando estaba en el quirófano le informan que debe firmar un consentimiento informado para la colocación de la prótesis disponible en ese momento, que no es la que habían solicitado y que es diferente de la que se le implantó en la otra pierna, por lo que se trata de una prótesis menos adecuada a su edad y características y los doctores no se la aconsejan.

Al no firmar el consentimiento informado, la intervención se suspende y tiene que regresar a su domicilio en xxxx2, lo cual le ocasiona un trastorno económico y moral a ella y a su familia.

En el escrito pone de manifiesto que "en el informe de alta el Dr. yyyy se muestra de acuerdo con la negativa a implantarme la prótesis ofrecida por no adecuarse a mis características".

Finalmente la intervención quirúrgica se practica el 19 de diciembre.

Solicita una indemnización por los gastos sufridos por ella y su familia en los desplazamientos realizados y por los daños morales sufridos, que no cuantifica.

Junto al citado escrito aporta informe médico de alta, hoja de reclamación, escrito dirigido a la Directora del Complejo Hospitalario Universitario de xxxx1 y contestación de la reclamación.

Previo requerimiento, cuantifica la indemnización en 25.000 euros, por daños morales y gastos de desplazamiento y manutención. Aporta facturas por gastos de alojamiento de una noche de sus hijos, dos por importe de 40 euros y otra por importe de 22 euros, también indica el kilometraje realizado por sus hijos desde xxxx2, xxxx3 y xxxx4.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, información relativa a la queja planteada ante el Procurador del Común, informe del Subdirector de Gestión Económico Administrativo de 17 de febrero de 2015 e informes del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de 13 de febrero y 1 de junio de 2015 del Complejo Asistencial Universitario de xxxx1 y el informe de la Inspección Médica de 9 de julio de 2015.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia, el 23 de marzo de 2016 la interesada presenta alegaciones en las que reitera la pretensión inicialmente deducida.

Cuarto.- El 11 de mayo de 2016 se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación por importe de 577,74 euros.

Quinto.- El 2 de junio de 2016 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 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 (29 de enero de 2015) hasta que se formula la propuesta de orden (11 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.

3ª.- Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, la reclamante no acredita la representación que ostenta para reclamar los daños sufridos por sus hijos; a este respecto, la Administración podría haber solicitado la subsanación de la solicitud con este fin, de conformidad con el artículo 71 de 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 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 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”.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, es necesario valorar si la asistencia prestada a la reclamante resulta ajustada a las exigencias de la *lex artis*, ya que alega que en la intervención quirúrgica programada no se previó la colocación de la prótesis adecuada a sus características, por lo que no se intervino quirúrgicamente y se vio abocada a una nueva intervención quirúrgica para la colocación de la prótesis adecuada.

En el informe de alta de Traumatología de 12 de diciembre de 2012 se hace constar de modo expreso que “Por falta del material quirúrgico igual a la de la cirugía previa, se procede a suspender la cirugía. Se le comunica a la paciente que no se le puede implantar el mismo material que tiene en la otra cadera y se le ofrece la oportunidad de intervenirle con material alternativo, informando de las características del mismo.

»Aceptando los motivos de la suspensión y asesorada por sus doctores y por mí mismo, la paciente declina que le sea implantado otro tipo de material no idóneo para sus características”.

El informe de la Inspección Médica señala, por su parte, que procede estimar parcialmente la reclamación, al considerar que se ha producido un retraso, y propone que se indemnicen los gastos de desplazamiento, alejamiento y manutención.

En este sentido indica que "se le suspendió una intervención programada de prótesis de cadera derecha por no estar el material más adecuado para su cuadro clínico disponible en el momento de la intervención", y que "la suspensión de la intervención programada por razones ajenas a la paciente le ocasionaron unos gastos que se podrían valorar (...)".

Se ha producido, por tanto, un error en la programación de la intervención quirúrgica, al no contar con el material adecuado para ella cuando la paciente ya estaba preparada para la intervención, que ha supuesto que ésta no pudiera llevarse a cabo en el día previsto, sino una semana después.

En virtud de lo expuesto, y al no constar en el expediente la concurrencia de circunstancia alguna que interrumpa el nexo causal entre el perjuicio sufrido y la actividad de la Administración, la reclamación debe estimarse.

6ª.- Por lo que respecta a la cuantía de la indemnización, resulta procedente la indemnización por los gastos de desplazamiento de la paciente, tal y como señala la propuesta de resolución, valorados a razón de 0,19 euros/km., sobre la base del artículo 9 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, y del artículo 141.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conforme al cual "La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado". Por ello procede indemnizar por tales gastos en la cuantía de 83,60 euros, dada la distancia de 440 kilómetro desde su domicilio, a razón de 0,19 euros el kilómetro.

La propuesta de resolución considera que procede indemnizar también por los días de hospitalización y espera, de conformidad con el baremo para la valoración del daño establecido en el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado

por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y a la Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultaran de aplicar durante el año 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Por ello considera que procede indemnizar en 143,68 euros por dos días de hospitalización y por 6 días improductivos, en la cantidad de 350,46 euros. A esta cantidad procedería añadir el 10% del factor de corrección -49,4 euros-, lo que hace un total de 543,54 euros.

Respecto al daño moral, ha de señalarse que éste es generalmente de difícil acreditación y cuantificación; sin embargo, a la reclamante se le han producido molestias indebidas al tener que acudir al hospital para una nueva intervención cuando ya se encontraba hospitalizada, por lo que puede considerarse que tales daños son indemnizables acudiendo al baremo antes señalado. Hay que tener en cuenta que se indemnizan dos días de hospitalización cuando necesariamente debería estar hospitalizada un día, de haberse intervenido debidamente si se hubiera contado con la prótesis adecuada, y que las molestias también son indemnizadas acudiendo a considerar el retraso sufrido en tan sólo una semana, indemnizando tales días como improductivos.

Por todo ello se considera adecuado que se indemnice el retraso y molestias sufridas de conformidad con el criterio seguido en la propuesta de resolución.

De conformidad con todo lo expuesto, procede indemnizar a la reclamante en la cantidad total de 627,14 euros.

Respecto de la indemnización solicitada en nombre de sus hijos, una vez acreditada la representación, serán objeto de indemnización los gastos acreditados respecto de la pernoctación de sus hijos, por importes de 40 euros para dos de sus hijos y 22 euros para otro de ellos.

Respecto a los gastos de desplazamiento solicitados, una vez se acredite en el expediente el domicilio de los hijos, serán indemnizables a razón de 0,19 euros por kilómetro, tal y como se ha señalado anteriormente.

También serán objeto de indemnización los gastos de manutención, soportados por sus hijos en el día en el que tuvieron que acudir al hospital para finalmente no intervenir a la paciente, y que no constan acreditados en el expediente, para lo cual se podrá utilizar la Orden SAN/ 1622/2003, de 5 de noviembre, que regula las ayudas por desplazamiento, manutención y alojamiento para los usuarios de la sanidad de Castilla y León que se desplacen con fines asistenciales.

Ello se entiende sin perjuicio de que dicho importe deba actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos indicados en el cuerpo del presente dictamen, 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.