



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y  
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 26 de abril de 2007, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxxxxx*, 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 26 de marzo de 2007 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 D. xxxxx, en nombre propio y en el de la comunidad hereditaria formada por el fallecimiento de su madre, Dña. ggggg, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 29 de marzo de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 294/2007, 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 la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

**Primero.-** Con fecha 14 de febrero de 2003, D. xxxxx, en nombre propio y en el de la comunidad hereditaria, formada por él mismo, Dña. zzzzz – también hija de Dña. ggggg– y D. vvvvv –esposo de la anterior–, presenta en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud de xxxxx una reclamación



de responsabilidad patrimonial debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a su madre, Dña. ggggg.

Solicitan una indemnización de 5.924,02 euros, por reintegro de gastos médicos.

**Segundo.-** Dña. ggggg, nacida el 19 de febrero de 1914, es diagnosticada de neoformación gástrica (adenocarcinoma infiltrante mucosecretor difuso), con metástasis hepáticas y también posiblemente peritoneales.

El día 16 de noviembre de 2002, la paciente, que se ayuda de un bastón por tener dificultades para caminar, sufre una caída, como consecuencia de la cual es atendida en el Hospital hhhhh de xxxxx donde es diagnosticada de fractura subcapital de fémur derecho (grado IV en la clasificación de Garden).

Durante su estancia en el Servicio de Traumatología, se solicitan las pruebas necesarias para su intervención quirúrgica incluyendo el informe preoperatorio del anestesista, el cual, el día 19 de noviembre de 2002, tras valorar antecedentes y realizarle una exploración física y analítica, indica un elevado riesgo quirúrgico con valoración de tratamiento ortopédico.

Dña. ggggg durante su ingreso es atendida, por interconsulta, por el cirujano digestivo, siendo diagnosticada de retención hídrica y oliguria por falta de aporte.

El día 25 de noviembre de 2002, es dada de alta hospitalaria, sin intervenir quirúrgicamente por las razones indicadas, prescribiéndosele un tratamiento farmacológico y la revisión en consulta externa de traumatología al cabo de un mes.

Según la reclamación presentada, verbalmente se les había comunicado que sí podía ser operada, y que fue una vez constatado que tenía cáncer cuando se negaron a operar, sin tener en consideración la calidad de vida y los fuertes dolores que tenía la enferma.



Así, se indica en la reclamación que aunque inicialmente por parte de la anestesista se les informa que no hay problemas para proceder a la operación, posteriormente un doctor llamado ppppp “entró en la habitación en la que estaba ingresada Dña. ggggg, junto con dos enfermeras, y sin consideración alguna dijo que dicha enferma debía ser dada de alta por tener cáncer, sin proceder a su operación”.

El reclamante, hijo de la paciente, quería que se operase, puesto que el cáncer se había detectado hacía dos años y tenía calidad de vida, “y que puesto que era beneficiaria de la Seguridad Social, la familia quería que se operase, asumiendo las consecuencias, puesto que como he referido anteriormente los dolores que sufría eran realmente insufribles”.

Al referir, según se indica en los informes médicos privados presentados, dolor continuo en pierna-cadera con imposibilidad para ser movilizada y levantada de la cama, la paciente es ingresada en un hospital privado, Hospital de la xxxxx, el 26 de noviembre de 2002, donde observan que presenta “miembro inferior acortado y en rotación externa. Dolor espontáneo y a las rotaciones de cadera”. Tras las pruebas oportunas, y evaluado de nuevo por el anestesista el riesgo quirúrgico elevado, que, al parecer, es asumido por la paciente y su familia, con fecha 28 de noviembre de 2002 se realiza una artroplastia cementada tipo Thompson de cadera derecha, bajo raquianestesia.

Se desconoce la evolución del postoperatorio; según la reclamación, fue buena y sin problema. La paciente fallece el 27 de diciembre de 2002, un mes después de la intervención, por parada cardiorrespiratoria.

**Tercero.-** En el expediente constan los siguientes informes:

- Informe de la Inspección Médica, firmado por Dña. qqqqq, con fecha 15 de mayo de 2003, en el que se concluye que “la decisión libre de la paciente y su familia de acudir a medios privados para llevar a cabo otra posible opción terapéutica en su caso, no justifica que los gastos médicos ocasionados tengan que ser necesariamente asumidos por el servicio público de salud”.



En cuanto a la valoración de la lesiones, señala:

“La frecuencia de las fracturas del cuello del fémur aumenta con la edad, y entre los muchos factores que inciden en su presentación, entre las personas mayores, destaca la osteoporosis especialmente en mujeres siendo en muchas ocasiones la fractura la consecuencia de una caída simple. Las fracturas del cuello del fémur tienen un efecto devastador sobre los vasos de la cabeza femoral, debido a que pueden lesionar los vasos y disminuir la circulación abocando a una necrosis avascular de cabeza femoral. La reducción perfecta de la fractura conduce a una menor tasa de necrosis, mas tarde la osteosíntesis de la misma estabiliza el hueso y permite la revascularización, pero lo más usual en un sujeto mayor y debilitado es evitarle una segunda operación, por lo que se recomienda la sustitución protésica, si bien no hay ninguna prueba sobre la edad exacta en que hay que decidir esta segunda alternativa. En el caso presente la paciente iba a ser intervenida, probablemente para colocación de la correspondiente prótesis de cadera; hasta que el anestesiólogo en su informe preoperatorio consideró la existencia de un elevado riesgo quirúrgico; en estas circunstancias es justificable la cautela del cirujano para no intervenir y esperar a evaluar la situación de la paciente un mes más tarde, algo que por otra parte choca con la necesidad de la enferma y su familia de encontrar una solución a una situación que le suponía la impotencia funcional del miembro inferior fracturado, con la inmovilidad añadida y según manifiesta el reclamante, la presencia de continuos dolores, al parecer no paliados con el tratamiento farmacológico.

»(...).

»Que D<sup>a</sup> ggggg fue atendida el Servicio de Traumatología del Hospital hhhhh de xxxxx, tomándose la decisión de no intervenirla quirúrgicamente por parte del traumatólogo en virtud del informe del anestesista que indicaba un elevado riesgo quirúrgico debido a la situación general de la paciente por su proceso de base (adenocarcinoma gástrico infiltrante mucosecretor difuso, con metástasis hepáticas y posiblemente peritoneales), decidiendo mantener una actitud conservadora y valorar un mes más tarde, en espera de su evolución.

»No obstante lo cual la familia decidió libremente optar por los servicios de un centro privado donde la paciente fue intervenida días más



tarde, colocándosele una prótesis de cadera, lo cual no justifica que el reintegro de los gastos ocasionados con motivo de esa decisión deba ser asumido necesariamente por el servicio público de salud”.

- Informe del Dr. ppppp, del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital hhhhh de xxxxx, de fecha 5 de marzo de 2003, en el que se puede leer lo siguiente:

“Paciente vista en su Centro de Salud y Atención Continuada enviada al Servicio de Urgencias por posible fractura de cuello quirúrgico de fémur derecho, el 16 Noviembre 2002. La paciente deambulaba previamente con dificultad y estaba diagnosticada de un carcinoma gástrico infiltrante con metástasis hepáticas y peritoneales. El 18 Noviembre 2002 fue vista por el Servicio de Anestesia que informa del elevado riesgo de la intervención quirúrgica y aconsejan valorar tratamiento ortopédico. Fue vista por el servicio de cirugía digestiva emitiendo el siguiente informe: Abdomen globuloso, doloroso, con circulación colateral, timpanismo y matidez en flancos, así como edemas en extremidades inferiores y cara posterior de muslos, siendo su juicio clínico de retención hídrica en paciente con carcinomatosis peritoneal, y oliguria por falta de aporte, por lo cual y valorando ambos informes y la imposibilidad de una mejoría de su situación, se informa a la familia con fecha 20 Noviembre 2002 de que la paciente no debe ser sometida a un tratamiento quirúrgico para la fractura de cadera, comenzando a sentarla con los analgésicos pertinentes y si en algún momento su situación oncológica mejorara, plantearíamos la posibilidad de intervención quirúrgica de su cadera.

»Durante el ingreso realiza varios cuadros de oclusión intestinal y oligoanuria que son controlados por el Servicio de Cirugía y, con fecha 25 Noviembre 2002, la paciente es dada de alta hospitalaria con el tratamiento recomendado por el Servicio de Cirugía, siendo citada para revisión en consulta externa al mes”.

- Informe del Dr. D. ttttt, del Hospital General de la xxxxx, de fecha 26 de noviembre de 2002, en el que se determina lo siguiente:

“Antecedentes personales:



»Neoplasia vegetante y ulcerada de cuerpo gástrico (adenocarcinoma infiltrante mucosecretor difuso), con metástasis hepáticas y posiblemente peritoneales (13-11-01). Fractura de pierna. (...).

»Anamnesis:

»26-11-02: caída casual el 16-11-02, resultando con fractura subcapital de cadera derecha. Fue atendida e ingresada en el Servicio de TCO del Hospital Clínico hhhhh, decidiéndose un tratamiento conservador por el «elevado riesgo quirúrgico». Fue dada de alta hospitalaria el 23-11-02. Actualmente refiere dolor continuo en la pierna-cadera, con imposibilidad para ser movilizada y levantada de la cama. Antes de caerse caminaba con ayuda de un bastón.

»Exploración física:

»26-11-02: miembro inferior acortado y en rotación externa. Dolor espontáneo y a las rotaciones de la cadera. No signos de tromboflebitis. Edemas ambos miembros inferiores. (...).

»Evaluado de nuevo por el anestesista el riesgo quirúrgico, que era elevado, y asumido éste por la paciente y su familia, con fecha 27-11-02 se realizó:

»Artroplastia parcial cementada tipo Thompson bajo raquianestesia, sin incidentes”.

**Cuarto.-** El 3 de noviembre de 2004, se procede a dar trámite de audiencia a la parte interesada, sin que posteriormente se presenten alegaciones.

**Quinto.-** Con fecha 7 de febrero de 2007, el Servicio de Normativa y Procedimiento de la Dirección General de Administración e Infraestructuras solicita al reclamante que acredite la representación.

El 14 de febrero de 2007 el reclamante presenta en la Gerencia de Salud de Área de xxxxx la representación otorgada por su hermana, Dña. zzzzz, los



certificados de defunción de D. vvvvv y Dña. ggggg, y los correspondientes documentos nacionales de identidad.

**Sexto.-** Con fecha 27 de febrero de 2007, la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta desestimatoria.

**Séptimo.-** El 7 de marzo de 2007 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de resolución desestimatoria.

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 los artículos 4.1.h), 1º y 19.2 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda la emisión del 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 hacer al respecto un único reproche en la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, toda vez que existe una evidente tardanza en la misma, lo que necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de 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, sin olvidar el incremento que conllevaría necesariamente en la cantidad que, en su caso, concediera la Administración como indemnización mediante la oportuna resolución.

**3ª.-** Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992. 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.

**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, 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), la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1008/2005, de 1 de diciembre; 1134/2005, 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 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.

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 correcta, 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.-** 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, según el cual: "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

En efecto, consta que lo hizo con fecha 14 de febrero de 2003, antes de transcurrir el plazo de un año desde el momento en que tuvo lugar el fallecimiento, 27 de diciembre de 2002, de Dña. ggggg.

**6ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. xxxxx, en nombre propio y en el de la comunidad hereditaria, formada por él mismo, Dña. zzzzz –también hija



de Dña. ggggg– y D. vvvvv –esposo de la anterior–, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a su madre, Dña. ggggg.

Solicita una indemnización y el reintegro de gastos médicos ocasionados por la operación de su madre en un centro privado, al que acudió tras la valoración negativa a la intervención quirúrgica, porque creyeron conveniente no esperar dados los dolores intensos que padecía la enferma.

En cuanto a los gastos derivados de la intervención realizada en el centro privado, como ya ha señalado este Órgano Consultivo (Dictámenes 233/2004, de 20 de mayo, y 242/2006 de 23 de mayo), “la jurisprudencia ha entendido reiteradamente que, para exigir el reintegro de gastos ocasionados por asistencia sanitaria privada (...)” ésta debe venir “exigida por un proceso de urgencia vital inmediata en que no se hayan podido utilizar los servicios públicos oportunamente (supuesto que ha de interpretarse de manera estricta), de modo que se trate de un proceso morboso que entrañe un grave riesgo para la vida o integridad física del beneficiario, que dicho riesgo sea inmediato y extremado, y que, precisamente en razón de esa perentoriedad en la asistencia, no pueda demandarse ésta de los servicios públicos por intensificarse el riesgo con la demora en acudir a estos últimos (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1988)”, y es evidente, por lo ya expuesto, que estas circunstancias no concurren en el presente supuesto.

Tal y como se señala en la propuesta de resolución, para valorar el posible reintegro de gastos que se le han originado mediante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario examinar si se ha producido una denegación de asistencia que haya ocasionado en la paciente la necesidad de acudir a la medicina privada para el restablecimiento de su salud.

Del relato de los hechos y de los distintos informes que acompañan al expediente se deduce que no hay pruebas concluyentes de que hubiera causa justificada –imputable a la Administración– para que la paciente abandonara la atención de la sanidad pública y decidiera acudir a la privada, sometiéndose a una intervención que, según el parecer de los reclamantes, fue exitosa, pero que no demuestra que el tratamiento recibido hasta entonces en la sanidad pública fuera incorrecto.



A la vista de éste y otros casos similares, resulta necesario fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Este criterio básico o *lex artis ad hoc* se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados; es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Es esa misma diligencia y corrección del acto médico la que hace que los profesionales valoren con criterios de racionalidad la oportunidad o conveniencia de administrar un tratamiento u otro o simplemente esperar el momento oportuno para realizarlo.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de mayo de 1986, marcó el comienzo de considerar generalizada la obligación de medios al establecer: “La naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una «obligación de medios», es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere según el estado actual de la ciencia médica”.

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal, entre otras, en Sentencias de 9 de marzo y 9 de diciembre de 1998, 9 de mayo de 1999, 7 de junio de 2001, y 5 de marzo y 14 de octubre de 2002; el Consejo Consultivo de Castilla y León (por todos, Dictamen 353/2006, de 20 de abril), así como la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 3657/2002 y 3623/2003).

A la luz de este criterio se puede concluir que existe responsabilidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario.

Precisamente, actuar con corrección en la actuación médica es el parámetro para determinar si ha existido desatención, inasistencia o un diagnóstico erróneo, razones que motivarían la asistencia a la medicina privada.



En el caso que nos ocupa, no hay pruebas suficientes para considerar que hubo desatención. Los informes de la Inspección Médica y de los diferentes doctores no permiten sustentar duda de que la paciente fuera atendida de forma incorrecta, o que en su tratamiento se hubiera vulnerado la *lex artis*.

La paciente tenía una severa enfermedad y una avanzada edad, y valorada por los especialistas –concluyente es el informe del anestesista– se consideró que no era razonable la intervención quirúrgica, tanto por su peligro como por los previsibles pobres resultados que podían obtenerse, siendo más correcto esperar y dar medicación para los dolores. Por otro lado, el reclamante considera exitosa la operación en el centro privado, cuando no se puede saber la evolución de la intervención, al haber fallecido la enferma por otra causa un mes después.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx, en nombre propio y en el de la comunidad hereditaria formada por el fallecimiento de su madre, Dña. ggggg, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx.

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