



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero y

Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de mayo de 2010, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxxx*, 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 28 de abril de 2010 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 y representación de Dña. xxxxx, 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 30 de abril de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 508/2010, 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. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

**Primero.-** El 14 de abril de 2008, D. xxxxx, en nombre y representación de Dña. xxxxx, de 75 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada a ésta en el Hospital hhhhh de xxxxx.



En su escrito expone: "Sufriendo una caída casual tienen que acudir el médico al domicilio de la paciente, observando la rotación de la pierna y los dolores tan fuertes, diagnóstico posible fractura de la prótesis de cadera (implantada con fecha de 16 de diciembre de 2005). (...).

»Trasladada en ambulancia al Servicio de Urgencias del hospital y a pesar del informe anterior, diagnosticaron que no tiene nada grave, (...), que regrese a su domicilio. Al intentar caminar pierde el conocimiento por los fuertes dolores por lo que tienen que regresar en ambulancia a su domicilio.

»(...) ingresa en una residencia para poder volver a caminar con la ayuda del fisioterapeuta y las instalaciones especiales, lo cual no consigue.

»Acudiendo a una consulta privada (...) le indican ingreso hospitalario para operación urgente.

»Por todo ello la paciente cree tener derecho a una indemnización económica que la ley estipule, (...) por los daños morales y físicos sufridos".

Acompaña a su reclamación informe del médico de Atención Primaria de 30 de octubre de 2007, parte de Urgencias del Complejo Asistencial de xxxxx de la misma fecha, informe del médico privado de 31 de octubre de 2007 en el que se le recomienda cambio de la prótesis e ingreso hospitalario y facturas de la residencia donde recibió la rehabilitación cuya cuantía reclama como indemnización, además de lo que la Ley estipule por los daños físicos y morales sufridos.

**Segundo.-** Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe de Servicio de Urgencias del Complejo Asistencial de xxxxx de 5 de mayo de 2008, informe del Servicio de Traumatología del Complejo Asistencial de xxxxx de 17 de junio, informe de la Inspección Médica de 25 de septiembre de 2008 e informe médico pericial emitido a instancia de la Compañía Aseguradora sssss el 6 de enero de 2009, que señala que "No ha existido mala *praxis* y el tratamiento ha sido correcto", informe ampliado con el de 15 de julio de 2009, en el que se expone: " (...) No se ven signos de fractura periprotésica en las radiografías en tres proyecciones que indiquen la presencia de fractura.



»El estudio radiográfico en tres proyecciones no permitió ver la imagen y hay que destacar que aunque se hubiese realizado TAC y RM, dada la distorsión que el metal produce al realizar esta prueba no se hubiese conseguido una imagen capaz de definir una fractura, ya que no hubo desplazamiento”.

**Tercero.-** Consta en el expediente escrito del Jefe de Servicio de Inspección de 23 de julio de 2009, en el que comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

**Cuarto.-** Concedido el trámite de audiencia, el reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que se ratifica en lo manifestado en su escrito de reclamación.

**Quinto.-** El 23 de febrero de 2010 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación presentada.

**Sexto.-** El 24 de marzo la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden.

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 de acuerdo con lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno, 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 (14 de abril de 2008) hasta que se formula propuesta de orden (23 de febrero de 2010). 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 parte 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 el mismo 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, 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.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, es necesario valorar si la asistencia prestada a la interesada resulta ajustada a las exigencias de la *lex artis*, ya que alega que existió por parte de los servicios médicos una deficiente asistencia, lo que le obligó a acudir a la medicina privada; motivo, por lo tanto, de su pretensión indemnizatoria.

Es preciso tener en cuenta que la reclamación se interpone por deficiente asistencia, pero lo que la realmente persigue es el reintegro de gastos ocasionados por el tratamiento llevado a cabo en la medicina privada, pretensión que no podría acogerse al no tratarse de una asistencia inmediata, urgente y de carácter vital.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios (además de manifestar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante) es preciso verificar si en el presente caso se produjo una pérdida de oportunidad, esto es, que si se ha agravado la situación de la paciente por la tardanza en su tratamiento, así como determinar si el tratamiento que recibió la paciente era el adecuado a la patología que presentaba.



Por parte de la reclamante no se ha logrado acreditar que existiese deficiencia de la asistencia sanitaria que le fue prestada, puesto que todas las actuaciones que se llevaron a cabo en la sanidad pública fueron las correctas según la patología que presentaba siendo la decisión de acudir a la medicina privada libremente adoptada por ésta, sin que se viese obligada o abocada a ello por el tratamiento dispensado en la sanidad pública.

El informe de la Inspección Médica hace constar que la paciente, "con antecedentes de artroplastia total de cadera el 16 de diciembre de 2005, sufre una caída casual el 30 de octubre de 2007. Remitida al Servicio de Urgencias del Complejo Asistencial de xxxxx, se le realizan las exploraciones y pruebas pertinentes que incluyeron RX de cadera y pelvis, no detectándose hallazgos patológicos ni luxación protésica. El 2 de enero de 2008 ingresa en el Servicio de Traumatología del Complejo asistencial, tras realizar rehabilitación dos meses (según se indica en la reclamación) y consulta con facultativo privado el 31 de diciembre que diagnostica fractura periprotésica con hundimiento de la prótesis. En RX el 3 de enero de 2008 se confirma el hundimiento del vástago y subluxación. El 8 de enero de 2008 se procede al recambio de componente femoral e implantándose un vástago ZNR. Los controles posteriores en consulta son satisfactorios.

»Según informa el Jefe del Servicio de Traumatología del Complejo Asistencial de xxxxx, en entrevista con revisión de los estudios radiológicos realizados, los hundimientos de vástago después de transcurrir un tiempo tan prolongando tras la implantación de prótesis total de cadera (16 de diciembre de 2005) en prótesis de fijación biológica son debidos a fracturas, que en este caso no ha sido posible detectar en el estudio radiológico realizado en octubre de 2007, fecha de la caída casual.

»Así mismo el jefe del Servicio de Urgencia del Complejo Asistencial de xxxxx informa que en la asistencia prestada el 30 de octubre no consta lesión de la cual se hace referencia en la reclamación y que según los informes que aporta (de consulta privada) sí aparece dos meses después de la citada asistencia".

El informe elaborado a instancia de la compañía aseguradora sssss en relación con la asistencia prestada a la paciente indica: "(...) presentó una rotación del vástago de la prótesis con impactación en la diáfisis. No se ven



signos de fractura periprotésica en las radiografías en tres proyecciones que indiquen la presencia de fractura.

»El estudio radiográfico en tres proyecciones no permitió ver la imagen y hay que destacar que aunque se hubiese realizado TAC y RM, dada la distorsión que el metal produce al realizar esta prueba no se hubiese conseguido una imagen capaz de definir una fractura, ya que no hubo desplazamiento. Reafirmando esto las imágenes comparativas de la postcirugía del 2005 y del post-traumatismo del 2007 no mostraban diferencia.

»La enferma optó por la Sanidad Privada y no dio ninguna opción a la asistencia de los traumatólogos que la habían visto que también hubieran detectado la anomalía si la radiología se hubiese realizado en la Sanidad Pública de su Área.

»Si existió una fisura, no fue posible detectarla por la radiografía. Tampoco ha influido en la impactación y rotación del vástago femoral, ya que el mal anclaje por la calidad ósea, ha favorecido a la rotación protésica femoral.

»Fue operada y recambiado el vástago con resultado final de recuperación completa, en relación a como estaba antes de la caída”.

Por todo lo expuesto, en concordancia con los documentos obrantes en el expediente, las actuaciones llevadas a cabo en la sanidad pública fueron realizadas de acuerdo con la *lex artis* y de conformidad con la patología que presentaba la paciente; fue decisión libre y voluntaria de ella acudir a la medicina privada, razón por la que en ningún momento se puede hablar de deficiente asistencia.

Como manifiesta numerosa jurisprudencia, en nuestro sistema sanitario no existe derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, que tiene carácter excepcional, y debe justificarse por el beneficiario ante los tribunales, quienes a su vez deben proceder con criterio cauteloso para evitar conceder el reintegro de unas cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran haber sido prestados en instituciones de la Seguridad Social que disponen de medios técnicos y humanos cualificados.





Todo ello sin negar, obviamente, el legítimo derecho del paciente a acudir a la sanidad privada, en cuyo caso las consecuencias económicas de tal decisión no pueden ser trasladadas, sin más, a la Administración titular del servicio sanitario público.

En conclusión, debido a la ausencia de relación causal entre los daños alegados por la reclamante y el funcionamiento del servicio público sanitario, debe desestimarse la reclamación.

### **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 y representación de Dña. xxxxx, 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.