



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de diciembre de 2012, 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 10 de diciembre de 2012 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 Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de diciembre de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 893/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

Primero.- El 13 de diciembre de 2010 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial de xxxx1.



En su escrito expone que, tras ser intervenida de prótesis de cadera izquierda en 1998, el 4 de noviembre de 2008 le realizan cambio de cotilo. Después de la intervención presenta dolores y acude a la Clínica hhhh de xxxx2 donde le diagnostican prótesis de cadera izquierda dolorosa y el 10 de junio de 2010, a la vista de la alergia al níquel y al cemento que le detectaron, la intervienen de recambio de cotilo, cuyos gastos ahora reclama vía responsabilidad patrimonial.

Considera que la defectuosa operación realizada el 4 de noviembre de 2008, al utilizar cementos y elementos metálicos a los que era alérgica, y la falta de atención posterior dio lugar a un cuadro doloroso y de cojera que desemboca en una tercera intervención.

Reclama una indemnización total de 31.930,07 euros por los gastos sanitarios generados, gastos de desplazamiento, comida y estancia y secuelas. Adjunta copia de informes médicos, documentación clínica y facturas de la medicina privada a la que acudió.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Complejo Asistencial de xxxx1 que atendió a la paciente, dictamen médico elaborado a instancia de la compañía aseguradora de la Administración e informe de la Inspección Médica de 19 de mayo de 2011, que concluye que no se detecta actuación clínica médico-quirúrgica incorrecta en la asistencia sanitaria prestada a la paciente.

Tercero.- Consta en el expediente documentación acreditativa de haberse interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid.

Cuarto.- Obra igualmente escrito de 7 de noviembre de 2011 del Jefe de Servicio de Inspección, en el que comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia, la reclamante presenta alegaciones en las que reitera la pretensión indemnizatoria.



Sexto.- El 24 de agosto de 2012 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Séptimo.- El 14 de noviembre de 2012 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.h), 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.f) del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, 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 (13 de diciembre de 2010) hasta que se formula la propuesta de orden (24 de agosto de 2012). 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 a la reclamante, 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.

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 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.



Quiere con ello decirse que, incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

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, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a desestimar la reclamación planteada, ya que de la documentación obrante en el expediente se desprende que no ha concurrido la actuación negligente que se imputa a los servicios sanitarios públicos.

Es necesario destacar que, como se ha señalado, al tratarse de responsabilidad en el ámbito sanitario, la obligación es de medios y no de resultados, lo que supone la utilización de aquellas medidas que conozca la ciencia médica y que se encuentren a disposición del profesional sanitario en el lugar donde se produce el tratamiento.

La reclamante alega que la operación realizada el 4 de noviembre de 2008 fue defectuosa, al utilizar cementos y elementos metálicos a los que era alérgica, y que existió falta de atención posterior, lo que la obligó a acudir a la medicina privada.

El informe de la Inspección Médica, sin embargo, avala la adecuación de las actuaciones sanitarias llevadas a cabo y, en este sentido, manifiesta que la paciente, de 50 años de edad en el momento de los hechos, ingresó en el



Servicio de Traumatología del Complejo Asistencial de xxxx1 de forma programada para intervención de recambio de prótesis de cadera izquierda por movilización del cotilo izquierdo y, tras los estudios preoperatorios oportunos (radiografías-gammagrafía y TAC), fue intervenida el 4 de noviembre de 2008. Se realizó una técnica correcta de recambio acetabular, y previamente se reconstruyó el cotilo óseo mediante injerto homólogo de Banco y colocando un componente acetabular cementado, que es una de las técnicas aconsejadas. Durante su ingreso recibe tratamiento antiinflamatorio, analgésico, profilaxis antitrombótica, antibiótica y protección gástrica, con evolución clínica y radiológica satisfactorias, por lo que se autoriza el alta hospitalaria el 14 de noviembre, con revisión en consulta de Traumatología el 17 de diciembre siguiente.

El 11 de noviembre de 2009 acude a la Clínica hhhh de xxxx2 donde le diagnostican prótesis de cadera izquierda dolorosa y le solicitan la realización de gammagrafía, análisis de sangre y radiografías, además de pruebas alérgicas a metales (que realizará el 25 de febrero de 2010 en la sanidad pública y mostrarán sensibilización de contacto a metales sulfato de níquel, cloruro cobalto y paladio cloruro).

El 10 de junio de 2010 es intervenida quirúrgicamente en la Clínica de xxxx2, cuyo coste reclama.

Señala la Inspección Médica que en todo momento figura en los antecedentes clínicos, tanto en los informes del Hospital hhhh1 de xxxx1 de octubre y noviembre de 2008, como en los de la Clínica hhhh de xxxx2 de 2009, que la paciente no tenía alergias conocidas. Es tras el estudio realizado en el Servicio de Alergia del Hospital de xxxx1 cuando se recomienda que evite el contacto con metales en cuya composición figure sulfato de níquel, paladio cloruro y cobalto cloruro por lo que, a la vista de ello, el centro privado realiza de nuevo el recambio de cotilo y lo sustituye por un nuevo cotilo con bandeja metálica de tantalio. En consecuencia, concluye que no se detecta actuación clínica médico-quirúrgica incorrecta en la asistencia sanitaria prestada a la paciente.

En el mismo sentido se expresa el dictamen de la compañía aseguradora al señalar que se está ante un caso de rechazo de una prótesis por la existencia de alergia a metales en el que la paciente no tenía ningún antecedente de



alergia. De hecho, en la historia clínica recogida por el Servicio de Alergología la paciente niega antecedentes de dermatitis o cualquier sintomatología alérgica al contacto con metales, ya sean nobles o no. Por ello no podía presuponerse la existencia de una alergia a metales. Además, puede ocurrir también que la sensibilización apareciera con posterioridad y es por este concepto dinámico en la aparición de alergias por lo que no están indicados los estudios alérgicos con carácter preventivo sino con carácter diagnóstico y no se realizan en ausencia de reacción previa. Por otra parte, añade que se realizó un correcto seguimiento postquirúrgico en plazos establecidos hasta que la paciente lo abandonó voluntariamente para dirigirse a la sanidad privada. Por ello concluye que se siguieron escrupulosamente los dictados de la *lex artis ad hoc*, sin que existan indicios documentales de desidia o abandono en el diagnóstico, tratamiento o seguimiento de la paciente.

Por tanto, según se desprende del expediente la asistencia médica fue adecuada, con un empleo correcto de los medios diagnósticos y en función de los protocolos médicos de aplicación, por lo que se está ante un supuesto de opción por la medicina privada, que si bien es humanamente comprensible, jurídicamente no puede ser viable a efectos de obtener indemnización por los gastos que ello ocasione.

Puede por ello considerarse, al acoger dichos argumentos, que no existen razones objetivas que permitan constatar que la actuación de los profesionales haya sido negligente e incorrecta, ni que los medios utilizados hayan sido inadecuados por lo que no cabe apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y, en consecuencia, la reclamación debe desestimarse.

6ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores y al constar que la interesada ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso o, en otro, hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.

Por último, este Consejo se ve igualmente en la obligación de poner de manifiesto que, la demora injustificada en resolver el presente procedimiento



de responsabilidad patrimonial, y la consiguiente ausencia de causas expresas denegatorias de su reclamación -la desestimación se produce por silencio administrativo-, ha llevado a acudir a la vía judicial, con los gastos que esto conlleva de procurador y abogado, entre otros. Si bien es cierto que el cumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver en plazo no hubiera impedido, en este caso, que se acudiera a la vía judicial, también lo es que los argumentos en que se fundamenta la desestimación es posible que hubieran hecho desistir de esta opción.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución desestimatoria 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.