



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 25 de marzo de 2015, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. 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 12 de marzo de 2015 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. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en el mismo día, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 102/2015, 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. Rey Martínez.

**Primero.-** El 2 de mayo de 2013 D. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios derivados de una intervención de prótesis de cadera.



El reclamante fue intervenido el 4 de noviembre de 2011 para proceder al recambio de una prótesis de cadera que le había sido implantada en 1998. Como sentía fuertes dolores como consecuencia de la cirugía, acudió a una clínica privada en la que fue nuevamente intervenido al observarse que el vástago no estaba correctamente inserto, por lo que no cumplía su función. El reclamante considera que "una mala *praxis* en la segunda operación, dio lugar a una pérdida de flexión en la cadera, con limitación de la rotación externa, abolición de la rotación interna, provocándome un acortamiento de algo más de 2 cm. en la pierna izquierda".

Reclama una indemnización de 65.832,23 euros. Adjunta a su reclamación diversa documentación médica.

**Segundo.-** El 16 de mayo de 2013 se nombra instructor del procedimiento.

**Tercero.-** Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informes de un facultativo del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Complejo Asistencial de xxx1 de 6 de junio de 2013, de la Inspección Médica de 16 de julio del 2013 y un dictamen pericial de la aseguradora de la Administración elaborado colegiadamente el 3 de noviembre de 2013.

**Cuarto.-** Concedido trámite de audiencia, el 28 de enero de 2014 el reclamante presenta alegaciones.

**Quinto.-** Consta en el expediente la interposición de un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la presente reclamación, su admisión a trámite por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y la remisión del expediente administrativo a dicho órgano judicial.

**Sexto.-** El 28 de enero de 2015 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

**Séptimo.-** El 18 de febrero de 2015 (por error indica 18 de enero) 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 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 (2 de mayo de 2013) hasta que se formula la propuesta de orden (28 de enero de 2015). 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 el 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. Se presenta el 2 de mayo del 2013, mientras que el 5 de noviembre del 2012 fue la última fecha en la que fue citado en la sanidad pública (cita a la que no acudió) y el 27 de noviembre de 2012 fue intervenido en una clínica privada.

**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, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a desestimar la reclamación planteada.

En relación con la asistencia médica prestada 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.

De todos los informes obrantes en el expediente resulta que el proceso asistencial fue correcto y que no existieron ni la falta de diagnóstico ni de tratamiento adecuados que se denuncian en la reclamación, sino que la actuación de los facultativos fue ajustada a los parámetros de la *lex artis ad hoc*. La decisión de éste de acudir a la medicina privada fue libre y voluntaria, por lo que en ningún momento puede hablarse de asistencia deficiente.

Según consta en expediente remitido, el reclamante precisó el recambio de su prótesis de cadera, pasados 11 años desde su colocación. Al no estar el polietileno desgastado ni mantenerse fijo el cotilo, se hizo un recambio parcial.

Se le practicaron dos cultivos microbiológicos que descartaron la presencia de infección. La última revisión realizada fue el 31 de octubre de 2011, sin que se apreciara patología a nivel de prótesis de cadera izquierda. El 5 de noviembre de 2012 el paciente no acudió a su cita.

El informe de la Inspección Médica señala que "no consta en las consultas con su médico de atención primaria, que acudiera por dolor en cadera



izquierda. Simplemente el 28/01/2011 es enviado al Servicio de Traumatología del Consultorio de zzzz: Cervicobraquialgia de 4 años de evolución y dolor en brazo izquierdo". Por ello concluye que "D. xxxx ha sido tratado de forma eficaz y siguiendo criterios basados en la medicina de la evidencia por los tres problemas de salud por lo que ha acudido a los servicios asistenciales del Servicio Público de Salud y se propone el archivo de las presentes diligencias".

Este Consejo Consultivo considera que si realmente hubo un empeoramiento de la sintomatología o de su funcionalidad, el paciente debió acudir a su médico; al contrario, el 5 de noviembre no acudió a su cita y fue operado en una clínica privada el 27 de noviembre. La técnica de recambio protésico está incluida en la cartera de servicios de la Sanidad Pública de Castilla y León, por lo que, si hubiera sido precisa su realización se hubiera efectuado.

Tal y como mantiene la jurisprudencia, en nuestro sistema sanitario no existe derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, posibilidad que tiene carácter excepcional, y el beneficiario tiene que justificarla ante los tribunales, quienes deben proceder con criterio cauteloso para evitar conceder el reintegro de unas cantidades devengadas por cuidados médicos que podrían haberse prestado en instituciones de la Seguridad Social, que disponen de medios técnicos y humanos cualificados.

En el presente caso el reclamante no ha logrado acreditar que existiese deficiencia en 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. Por tanto, la decisión de acudir a la medicina privada fue libremente adoptada por éste, sin que se hubiese visto obligada o abocada a ello por el tratamiento dispensado en la sanidad pública.

**6ª.-** Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar que el interesado ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta por silencio administrativo, denegatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso 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.



### **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 D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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