



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero
Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 16 de septiembre de 2015, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx*, 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 4 de agosto 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 Dña. xxx, 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 en esa misma fecha se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 337/2015, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, 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. Ramos Antón.

Primero.- El 6 de febrero de 2014 Dña. xxx, de 63 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la intervención quirúrgica de coxartrosis derecha e implantación de prótesis total de cadera tipo Socinser, a la que fue sometida el 12 de marzo de 2012 en el Hospital hhh1 de xxxx1 ya que, según la reclamante,

esta intervención se llevó a cabo de forma negligente, lo que dio lugar a una segunda intervención.

El 27 de febrero presenta un escrito complementario en el que valora los perjuicios sufridos a consecuencia de la primera intervención en 44.919,72 euros, dentro de los que incluye los gastos soportados en el hospital privado donde se realizó la segunda intervención de sustitución de prótesis.

Fundamenta su reclamación en una mala *praxis* médica en la primera intervención quirúrgica a la que fue sometida, pues se le ocasionó una clara disimetría, coxalgia severa y grave limitación de la movilidad, por lo que para resolver el problema fue necesaria una segunda intervención, que se llevó a cabo en un centro privado (Hospital hhh2 de xxxx2) el 29 de junio de 2012.

Adjunta copias del informe médico-legal pericial de valoración del daño, de los informes de la asistencia sanitaria recibida, de las facturas correspondientes al centro privado y de una hoja de reclamación enviada a la Gerencia de Atención Especializada de xxxx1, a través del Portal de Sanidad de la Junta de Castilla y León, el 12 de junio de 2012, en la que expone el temor a una segunda intervención, a la que efectivamente se tuvo que someter, y en la que solicita que los gastos ocasionados sean cubiertos por la Seguridad Social en compensación a los daños y perjuicios que ha tenido que soportar.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Complejo Asistencial de xxxx1 e informe de la Inspección Médica de 24 de abril de 2014 que concluye que "A la vista de lo actuado y de lo expuesto consideramos que en la intervención quirúrgica efectuada se realizó una mala posición del componente acetabular del implante protésico que provocó un daño objetivo que podía haber sido resuelto por el Sistema Público de Salud, y un sufrimiento que podía haberse evitado por lo que entendemos debe estimarse de forma parcial la petición de indemnización solicitada por la reclamante".

Tercero.- Obra en el expediente escrito de 24 de noviembre de 2014 del Jefe de Servicio de Inspección, en el que se comunica el rechazo de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil y se considera que la reclamación podría ser extemporánea.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia a la interesada, ésta presenta alegaciones en las que se ratifica en lo expuesto en su reclamación y niega que se le ofreciera la posibilidad de retirar la prótesis en un centro público. Adjunta escritos de reclamación presentados el 11 de marzo de 2013.

Quinto.- El 29 de junio de 2015 se formula propuesta de orden en la que se estima parcialmente la reclamación planteada y se reconoce a la interesada una indemnización de 9.230,69 euros.

Sexto.- El 17 de julio de 2015 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 (6 de febrero de 2014) hasta que se formula la propuesta de orden (29 de junio 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 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. El 12 de marzo de 2012 la interesada fue sometida a una cirugía de cadera donde se le colocó mal el implante, actuación que se puso de manifiesto en la segunda intervención efectuada el 29 de junio de 2012 en la que se procedió a la retirada del implante y a su sustitución. El 12 de junio de 2012 ya presenta un escrito de reclamación en el que expone el temor a una segunda intervención debido a la mala colocación de la prótesis y el 11 de marzo de 2013, tras haber sido intervenida por segunda vez presenta escritos en los que reclama responsabilidad patrimonial por los hechos descritos, que adjunta en el escrito de alegaciones del presente procedimiento.

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, la reclamante invoca que ha existido una mala *praxis* médica en la intervención de cirugía de cadera a la que fue sometida el 12 de marzo de 2012 en el Complejo Asistencial de xxxx1, donde se le colocó mal el implante, lo que dio lugar a una segunda intervención en el centro privado Hospital hhh2 de xxxx2, efectuada el 29 de junio de 2012, en la que se procedió a la retirada del implante y a su sustitución.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de poner de manifiesto que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar, en primer lugar, si en el presente caso se produjo un ejercicio inadecuado de la *lex artis*, para lo cual hay que partir del análisis de los informes médicos incorporados al expediente.

El informe del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital hhh1 de xxxx1 señala que “revisadas las radiografías observa una colocación ascendida del cotilo derecho en pelvis, desconociendo las circunstancias por las que hubo que colocar

el acetábulo en esa posición. En radiografías posteriores a la nueva intervención, se ve que se ha descendido dicho cotilo y colocado un suplemento”.

En el informe de la Inspección Médica se pone de manifiesto que existió un daño objetivo pues la prótesis estaba mal posicionada lo que motivo la sintomatología dolorosa y funcional con alteraciones posteriores con mal apoyo y un sufrimiento a la reclamante que pudo haberse evitado.

Por todo lo expuesto se constata que en la primera intervención quirúrgica se realizó una mala posición del implante que dio lugar a una segunda intervención para su extracción y sustitución, por lo que procede la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada.

Ahora bien, tal y como se señala en el informe de la Inspección Médica y en la documentación incorporada al expediente, se propusieron alternativas a la paciente como fue la solución en el propio Complejo Asistencial de xxxx1 o su remisión al Hospital hhh3 de xxxx2, por lo tanto dentro del sistema público de salud. El hecho de acudir a un centro privado para someterse a la segunda intervención, Hospital hhh2 de xxxx2, fue una decisión voluntaria de la paciente, por lo que, en este caso, no deben indemnizarse los gastos ocasionados en la sanidad privada.

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 del Sistema Público de Salud que disponen de medios técnicos y humanos cualificados.

6ª.- La indemnización que corresponde a la interesada debe cubrir el daño efectivamente causado. El informe de valoración del daño, elaborado por la compañía aseguradora ssss a instancia de la Administración, señala que no pueden valorarse secuelas permanentes, ni una incapacidad permanente derivada de la primera intervención cuando la paciente se ha sometido a una segunda intervención que ha solucionado completamente el problema de disimetría siendo la movilidad completa. Tampoco consideran que exista un perjuicio estético que

valorar, pues no se logra acreditar si la segunda incisión quirúrgica realizada lo ha sido en un lugar diferente a la primera.

Para la valoración de la indemnización procedente, la Administración ha tomado en cuenta la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y la actualización de este sistema por Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones.

La aplicación del baremo tiene carácter orientativo, si bien la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado en sentencias como la de 17 de julio de 2007 que "pese a las críticas recibidas, el denostado sistema de baremos presenta, entre otras, las siguientes ventajas: 1ª.- Da satisfacción al principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9.3 de la Constitución, pues establece un mecanismo de valoración que conduce a resultados muy parecidos en situaciones similares. 2ª.- Facilita la aplicación de un criterio unitario en la fijación de indemnizaciones con el que se da cumplimiento al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. 3ª.- Agiliza los pagos de los siniestros y disminuye los conflictos judiciales, pues, al ser previsible el pronunciamiento judicial, se evitarán muchos procesos. 4ª.- Da una respuesta a la valoración de los daños morales que, normalmente, está sujeta al subjetivismo más absoluto".

En relación con los días de incapacidad temporal resulta de aplicación la Tabla V del anexo del baremo, que comprende también la cuantificación de daños morales.

Resultan así las siguientes cuantías indemnizatorias:

- Por 6 días de hospitalización (a 71,85 euros por día), 431,10 euros.
- Por 104 días de baja impeditiva (a 58,41 euros por día), 6.074,64 euros.
- Por 60 días no impeditivos (a 31,43 euros por día), 1.885,80 euros.

La indemnización total a satisfacer, sumando los montantes anteriores, asciende a 8.391,54 euros. A esta cantidad hay que añadir el factor de corrección del 10%, por lo que la cantidad total a indemnizar asciende a 9.230,69 euros.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 dio solución definitiva a la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en esta materia, al considerar que se impone siempre aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos a toda víctima en edad laboral, aunque no se prueben ingresos y aunque esta previsión no aparezca en relación con los perjuicios económicos ligados a la incapacidad temporal (Tabla V).

Todo ello sin perjuicio de que el importe de la indemnización deba actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en 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, por importe de 9.230,69 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx, 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.