



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 5 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 Universitario de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el día 6 de agosto de 2015, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 342/2015, 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 30 de mayo de 2014 Dña. xxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.

En su escrito expone que el 25 de julio de 2013 fue intervenida para la implantación de prótesis en rodilla derecha y que, como consecuencia de los dolores que padecía, a pesar de los tratamientos recomendados por el Servicio de Traumatología del Complejo Asistencial de xxxx1, a principios del 2014 acude a la clínica de un traumatólogo que recomienda el recambio total de la prótesis de rodilla por inestabilidad.

En la consulta del día 11 de marzo de 2014, tras comentar el diagnóstico, no se toma la decisión de cambiar la prótesis completa o el polietileno y se propone un tratamiento de ejercicio en bicicleta y uso de rodillera durante un periodo de tres meses.

Ante la persistencia de los dolores y la demora en la solución de cambio de prótesis, el 5 de mayo de 2014 acude a la Clínica hhhh para una segunda opinión y se realiza un diagnóstico inmediato sobre la necesidad de recambio de la prótesis.

Como consecuencia de la intensidad de los dolores y el retraso en el diagnóstico, opta por realizar la operación de cambio de prótesis de forma inmediata.

Solicita una indemnización de 21.240,37 euros: 501, 41 euros por 7 días de hospitalización, 18.808,02 euros por 322 días impeditivos y 1.930,94 euros por el 10% del factor de corrección.

Adjunta a la reclamación diversa documentación médica.

Previo requerimiento, aporta informe clínico y diversas facturas de la operación de cambio de prótesis por importes de 8.500, 1000 y 5.234,99 euros.

**Segundo.-** Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe del Jefe de Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Complejo Asistencial Universitario de xxxx1, de 9 de junio de 2014, informe médico pericial elaborado a instancia de la compañía aseguradora y el informe de la Inspección Médica, de 22 de julio de 2014.

**Tercero.-** Concedido trámite de audiencia, la interesada presenta alegaciones en las que reitera la pretensión inicialmente deducida, al entender que existió un error en la elección de la prótesis implantada y una demora en la sustitución de la prótesis que no está justificada. Asimismo cuantifica finalmente la indemnización solicitada en 40.304,52 euros.

**Cuarto.-** El 1 de junio de 2015 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

**Quinto.-** El 13 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 (30 de mayo de 2014) hasta que se formula la propuesta de orden (1 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, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder, 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 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 el informe del Jefe de Servicio de Traumatología se indican las actuaciones asistenciales adoptadas en relación con la paciente, entre las que constan la práctica de radiografías, electromiograma, así como la solicitud de una prueba diagnóstica ampliatoria, gammagrafía, aun cuando no fuera muy fiable hasta transcurrido un año desde la intervención, y la solicitud de una segunda opinión médica a otro traumatólogo experto del Servicio. Consta la cita en fecha 21 de mayo de 2014; no obstante, la paciente abandona la sanidad pública sin acudir a la cita, al someterse a una operación de reemplazo de la prótesis en una clínica privada de xxxx2.

El informe de la Inspección Médica avala la adecuación de las actuaciones sanitarias llevadas a cabo y pone de manifiesto que la actuación médica seguida con la paciente se ha ajustado en todo momento a la *lex artis ad hoc*.

El citado informe señala que en un pequeño porcentaje de pacientes operados, aproximadamente el 3%, aparece un dolor difícilmente explicable, que en la mayoría de casos (2% del total) es debido a infección, y en segundo lugar a aflojamiento del implante o no buena integración con el hueso receptor. En

otros casos puede deberse a inestabilidades llamativas, exceso de peso, huesos y músculos debilitados, y en numerosas ocasiones no se llega a un diagnóstico cierto de la causa del dolor.

El meritado informe señala que "sin un diagnóstico de certeza, la posibilidad de cometer errores es alta, siendo frecuente recambiar prótesis a pacientes en los que se han descartado las patologías descritas y nos encontramos que el resultado de la segunda cirugía es tan doloroso como el de la primera".

Asimismo afirma que "en ningún momento, en el Servicio de Traumatología del Hospital Universitario de xxxx1 se ha descartado la posibilidad de operar a la paciente, pero se ha insistido en agotar todos los medios al alcance para llegar a un diagnóstico que permita aproximarse lo más posible a un resultado satisfactorio".

En este sentido, también pone de manifiesto, al igual que el Jefe de Servicio de Traumatología que, sin perjuicio de la posibilidad de infección no descartada, la inestabilidad que presentaba la paciente a la exploración no parece suficiente como para provocar un dolor de esas características ni de esa intensidad.

El informe de la Inspección Médica concluye, tras el examen de las circunstancias que concurren en el presente caso, que no se evidencia mala *praxis*.

En el mismo sentido se pronuncia el informe médico pericial emitido a instancia de la compañía aseguradora, que señala que en ningún momento se descartó la posibilidad de volver a intervenir a la paciente, pero parece prudente agotar todas las posibilidades de diagnóstico. Concluye que la asistencia prestada fue acorde a la *lex artis ad hoc*, sin que se aprecien indicios de conducta negligente o mala *praxis*.

En definitiva, no se ha probado la existencia de una mala *praxis* o de un retraso asistencial en el tratamiento sanitario prestado a la paciente y se considera que la asistencia sanitaria prestada fue correcta y no se produjo un funcionamiento anormal o deficiente del Servicio Público Sanitario, como alega la interesada.

En cualquier caso, 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, los cuales 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.

Por todo ello puede considerarse 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 y, en consecuencia, la reclamación debe desestimarse.

**6ª.-** Por último es preciso realizar una corrección de carácter formal, pues en la propuesta de resolución, en la última página, al desestimar la reclamación hace una referencia al Complejo Asistencial Universitario xxxx3, cuando debería aludir al Complejo Universitario de xxxx1.

### **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. xxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.

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