



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y  
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 8 de febrero de 2018, 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 23 de enero de 2018 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 en el Hospital hhhh 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 31/2018, 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. Ramos Antón.

**Primero.-** El 10 de diciembre de 2015 D. xxxx, de 25 años de edad en el momento de los hechos, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicita el reintegro de los gastos inherentes a la realización de una reartroscopia de cadera que le fue efectuada en una clínica

privada de Santander el 23 de noviembre de 2015, a la que acudió al no notar mejoría de la dolencia que padecía en la cadera a pesar de la intervención quirúrgica, que se le practicó el 24 de abril de ese mismo año, en el Hospital hhhh de xxxx1 y de los seguimientos posteriores realizados en dicho hospital.

Solicita una indemnización por una cuantía de 9.850 euros, que se corresponden a los honorarios quirúrgicos satisfechos a la clínica privada.

Adjunta a su reclamación facturas de la clínica privada y de radiografías intraoperatorias (principio y final de la operación).

**Segundo.-** Al expediente se incorporan, además de la historia clínica del paciente, informes del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital hhhh de xxxx1, informe médico pericial, emitido a instancia de la compañía aseguradora ssss, por el Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital de Madrid Monte Príncipe, Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, e informe de la Inspección Médica de 10 de febrero de 2016 en el que se concluye que "Un usuario no puede aplicar sus propias normas o criterios a la gestión de la asistencia decidiendo como y donde deben recibir tratamiento.

»Debería haber utilizado los cauces de solicitud, reclamación y queja antes y no después de haber elegido otra alternativa.

»Tal y como establece la legislación de forma expresa y la cartera de servicios únicamente se facilitara por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquel.

»Por todo lo expuesto y dado que el diagnóstico y el tratamiento fueron correctos y en todo momento acorde a la *Lex artis*, consideramos que el reclamante no tiene derecho a la reparación económica que nos solicita".

**Tercero.-** Obra en el expediente escrito de 2 de diciembre de 2016 del Jefe de Servicio de Inspección en el que se comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

**Cuarto.-** Concedido trámite de audiencia, el interesado no formula alegaciones dentro del plazo concedido.

**Quinto.-** El 13 de diciembre de 2017 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación, al no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público.

**Sexto.-** El 27 de diciembre de 2017 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, ambas normas aplicables *ratione temporis* al presente procedimiento.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (10 de diciembre de 2015) hasta que se formula la propuesta de orden (13 de diciembre de 2017). 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 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.

**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 ha venido modulando 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 están, 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".

La dificultad de prueba del nexo causal en procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que hay multiplicidad de causas y causantes de los daños, se acrecienta cuando se trata de lo que la doctrina denomina "daños pasivos", o daños que no son consecuencia de una acción directa del facultativo, sino que son debidos a errores de diagnóstico u omisiones de la Administración Sanitaria o del tratamiento, que privan al paciente de cuidados médicos necesarios en el tiempo adecuado.

**5ª.-** En cuanto al fondo del asunto, hay que valorar si la asistencia prestada al reclamante por los servicios públicos de salud resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis*, ya que éste alega que, tras la intervención quirúrgica de cadera a la que fue sometido en el Hospital hhhh de xxxx1 y su posterior seguimiento en dicho hospital, su dolencia no mejoraba, lo que le obligó a acudir a la medicina privada, motivo de su pretensión indemnizatoria.

El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, 4.3 dispone en su artículo: "La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados

los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”.

Es necesario señalar que en el fondo lo que persigue el reclamante es el reintegro de los gastos médicos satisfechos por el ingreso y la intervención quirúrgica practicada en la clínica privada, que no pueden ser objeto de reintegro en base a dicho concepto pues no existe una urgencia vital. Tampoco queda probado el hecho de que acudir a la medicina privada era la única alternativa de curación con la que contaba el paciente ante la falta de diligencia de la sanidad pública prolongada en el tiempo.

El concepto de urgencia vital no está relacionado únicamente con la noción de peligro de muerte, sino con la pérdida funcional de un órgano que impida al que sufre el daño valerse por sí mismo para todos los actos de la vida cotidiana de una manera definitiva, por lo que precisa necesaria e irremediabilmente de la asistencia de otra persona.

En el presente caso no existe esa urgencia vital, puesto que no se ha acreditado que las dolencias sufridas fueran irreversibles y de una gravedad extraordinaria que le impidiesen valerse por sí mismo. Tampoco existe una derivación por parte de los facultativos del Sistema Nacional de Salud a la sanidad privada. El informe del Jefe de Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital hhhh de xxxx1 de 14 de enero de 2016 señala que “(...) en ningún momento el paciente ha sido remitido por mí a ninguno de los doctores mencionados, siendo decisión personal del paciente el consultarles, y en su caso, realizar nuevas cirugías”.

Para determinar si existe responsabilidad de los servicios sanitarios, además de señalar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si el tratamiento que recibió el paciente era el adecuado a la patología que presentaba.

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 obligado o abocado a ello por el tratamiento dispensado en la sanidad pública.

El informe de la Inspección Médica de 10 de febrero de 2016, a la vista de la reclamación efectuada y de las actuaciones a las que fue sometido el paciente en la sanidad pública, señala que en ningún momento se ha puesto en tela de juicio que el diagnóstico y el tratamiento del paciente no se hayan establecido correctamente en la sanidad pública.

Así mismo, el informe médico-pericial emitido por el perito de la compañía aseguradora ssss, tras analizar la historia clínica del paciente y la asistencia sanitaria que le fue dispensada en la sanidad pública, destaca que la asistencia prestada se considera acorde a la *lex artis*. En sus conclusiones señala:

“1. La indicación de una Cirugía Artroscópica de cadera en el diagnóstico de Choque Femoroacetabular, es correcta.

»2. La técnica elegida de femoroplastia de la giba y regularización de la lesión condral es correcta.

»3. La aparición de un cuadro de Meralgia Parestésica es una complicación conocida y posible a pesar de tomar todas las precauciones posibles para evitar daños a estructura neurológicas, como parece que se hizo por la localización de los portales.

»4. La meralgia parestésica precisa de tratamiento sintomático hasta su desaparición y esto fue lo que se hizo correctamente.

»5. La mala evolución de la lesión de la cadera no es atribuible a una técnica inadecuada sino a la habitual evolución de las lesiones condrales, sea cual sea el tratamiento realizado.

»6. El seguimiento postoperatorio fue exhaustivo y se hicieron los tratamientos adecuados en función del evolución.



»7. Desconocemos, por falta de información, la cirugía realizada, el motivo por el que tomaron la decisión de hacerla y la evolución posterior, en el centro privado ya que solo disponemos de un presupuesto económico y de unas imágenes capturadas del intensificador de imagen de Rx del quirófano”.

Por todo lo expuesto y de conformidad con los documentos obrantes en el expediente, se considera que las actuaciones llevadas a cabo en la sanidad pública fueron realizadas conforme a la *lex artis* y con la patología que presentaba el paciente, por lo que no se produjo un funcionamiento anormal o deficiente del Servicio Público Sanitario, conclusión que no resulta desvirtuada por informe pericial alguno.

La decisión del reclamante de acudir a la medicina privada fue libre y voluntaria, al manifestar su pérdida de confianza en el servicio público de salud, por lo que en ningún momento puede hablarse de asistencia deficiente, ni de que la asistencia privada se pudiera justificar por una desatención o error de diagnóstico del Servicio Público Sanitario.

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.

En conclusión, debido a la ausencia de relación causal entre los daños alegados por la reclamante y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, la reclamación debe desestimarse.

### **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 en el Hospital hhhh de xxxx1.

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