

Dictamen n^o: **610/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **02.11.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 2 de noviembre de 2011 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por V.M.G., en adelante “*la reclamante*”, por la deficiente asistencia sanitaria prestada a su hijo menor de edad, S.G.M., en el Centro de Salud Villa de Vallecas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 24 de enero de 2003, la reclamante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial, en su propio nombre y en representación de su hijo, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del retraso y error diagnóstico de una paresia crural derecha leve de probable origen isquémico perinatal, sufrida por su hijo, a consecuencia de los cuales el niño sufrió déficits funcionales y retraso motor. Solicita por ello una indemnización por importe de 25.246,49 euros, en los cuales se incluyen 1.206,01 € en concepto de gastos de asistencia sanitaria privada.

Adjunta a su reclamación informes médicos y facturas de los gastos sufragados por la asistencia sanitaria en un centro hospitalario privado.

SEGUNDO.- La Historia Clínica y restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

El menor, nacido el 27 de mayo de 1998, es visto en su centro de salud el 10 de junio, a los catorce días de su nacimiento. En esta primera revisión, se solicita ecografía de caderas bilateral, por posible click, más en la izquierda. Mientras, se recomienda usar doble pañal.

El 25 de junio no presenta incidencias en la evolución. Las caderas son normales, no se aprecia click y, a la espera de la ecografía, se recomienda seguir con el doble pañal. La ecografía de caderas efectuada el 30 de junio es normal. En la consulta de 3 de julio el pediatra decide mantener el doble pañal hasta los tres meses por “roce”.

La revisión correspondiente a los tres meses de edad del menor, realizada el 27 de agosto muestra a la exploración física click de cadera izquierda. A los cinco meses las caderas presentan abducción completa. A los nueve meses se realiza nuevo control de click de cadera mediante radiografía que resultó normal.

El 24 de agosto de 1999, a los quince meses de edad, consta en el evolutivo que el menor camina bien, con apoyo de una mano. Mucho mejor la posición del pie que tendía a echarlo hacia fuera (folio 50). Se recomienda prestar atención al desarrollo del lenguaje y audición y al desarrollo motriz.

En la consulta de 24 de febrero de 2000, la madre del menor comunica a la pediatra su traslado de domicilio. Consta en las anotaciones que el niño se encuentra mucho mejor, quedando pendiente el desarrollo del lenguaje, en cuanto al desarrollo motor, va mejor.

En la revisión correspondiente a los tres años, realizada el 12 de junio de 2001, la exploración indica pies planos, piernas, caderas y marcha,

normales. Consta que al deambular presenta desviación hacia la derecha con el pie izquierdo, por lo que se recomienda vigilar para la próxima revisión (folio 55).

Visto en consulta el 24 de octubre de 2001, se aprecia que el niño al caminar tiende a retrasar el miembro inferior derecho. Tiene los pies planos valgus. Torpeza en sus movimientos. El facultativo le envía al traumatólogo y se anota que los padres le van a llevar a un centro de estimulación (folio 55). Asimismo se hace referencia al control en un hospital privado.

La madre decide acudir a un centro sanitario privado, donde, fue estudiado en el servicio de neurología infantil. Allí se le realiza una resonancia magnética craneal con fecha 3 de enero de 2002 que concluye: *“Sutil lesión de escasos mm. en sustancia blanca profunda de hemisferio cerebral izquierdo en la transición corona radiada e inicio de capsula interna, probablemente crónica e inespecífica. Recomendamos correlacionar con antecedentes personales”*. Con el resultado de esta prueba más analítica completa que resultó normal, el neurólogo infantil emite el siguiente informe: *“Presenta una paresia crural derecha leve de predominio distal con aumento de reflejos osteotendinosos y respuesta extensora en M.I.D., siendo la fuerza normal en MM.SS. Al caminar presenta una hiperextensión de la rodilla y una tendencia al apoyo de puntillas con M.I.D. En la marcha el brazo tiende a mantenerlo elevado con una postura anómala. Se añade una retracción del tendón de Aquiles que llega con dificultad a 90º”*, alcanzando el juicio diagnóstico de: *“paresia crural derecha leve de probable origen isquémico perinatal”* y como tratamiento recomienda *“realizar fisioterapia y ejercicios de psicomotricidad”*, así como revisiones periódicas para observar su evolución.

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo

142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por el Real Decreto 429/ 1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

Se ha solicitado por el instructor del expediente informe del servicio supuestamente causante del daño, si bien no se ha emitido. Consta en el expediente informe de la Inspección Sanitaria, de fecha 3 de junio de 2003 en el que concluye que: *“no resulta factible en modo alguno evidenciar elementos de juicio y convicción que pudieran permitir establecer la necesaria e imprescindible relación de causalidad fáctica entre la atención médica dispensada a [el paciente] por parte de la facultativa Dra. [...], y su cuadro clínico de "Paresia Crural Derecha Leve de probable origen isquémico perinatal", que en la actualidad presenta [el enfermo], por lo que el que suscribe eleva a la Superioridad competente PROPUESTA DE DESESTIMACIÓN del presente Expediente de Responsabilidad Patrimonial”*.

Se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia, en fecha 9 de marzo de 2011, no constando la presentación de alegaciones.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 29 de junio de 2011, que fue informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

CUARTO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 23 de agosto de 2011, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 26 de agosto de 2011, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Dña. M^a José Campos Bucé que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo

deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 2 de noviembre de 2011.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser la cuantía de la indemnización superior a quince mil euros, y se efectúa por el Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de los interesados, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

Ostenta la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, por cuanto es la persona que sufragó los gastos de asistencia sanitaria privada de su hijo. Asimismo, goza de legitimación activa el menor afectado por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por el servicio público de salud.

Debe señalarse que la reclamación se presenta por la progenitora del perjudicado en concepto de representante legal del mismo, al ser éste menor de edad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, que atribuye la representación legal de los menores no emancipados a los padres: *“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”*.

Sin embargo tal representación no resulta acreditada en el expediente, mediante la aportación de documento suficiente en el que conste que la firmante de la reclamación es la madre del menor perjudicado, tal y como exige el artículo 32 de la LRJ-PAC al señalar que *“para formular solicitudes deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”*, sin que tampoco la Administración haya requerido ninguna documentación a la reclamante, tendente a acreditar su parentesco con el perjudicado”.

En consecuencia, como ya señalara este Consejo en su dictamen 435/10 de 9 de diciembre de 2010, en un supuesto similar en el que no constaba la filiación del perjudicado, resulta de aplicación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1997 (recurso número 4333/1991) según la cual, si la Administración que debió exigir la acreditación en forma de poder, no lo hace, no puede desprenderse de ello

ningún vicio anulador de la resolución dictada en dicho recurso, por lo que este Consejo Consultivo considera procedente dictaminar sobre el fondo del asunto, aunque exhorta a la Consejería de Sanidad a la realización de una adecuada instrucción de los expedientes en lo tocante a la acreditación de la representación de aquéllos que dicen actuar en nombre de los perjudicados.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*. En el caso objeto del presente dictamen la reclamante conoció el diagnóstico de paresia crural leve el 25 de enero de 2002, por lo que habiendo interpuesto la reclamación el 24 de enero de 2003 se encuentra efectuada en plazo.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado en 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. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la

disposición adicional primera del citado reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Se ha incorporado al expediente informe de la Inspección Sanitaria, pero no el informe de la pediatra, no obstante, puesto que sí se obra la historia clínica de pediatría relativa a los hechos objeto de reclamación, se trataría de una irregularidad no invalidante.

Asimismo, se ha cumplido adecuadamente el trámite de audiencia de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del mismo reglamento. En particular se ha dado audiencia a la interesada, sin que conste la presentación de alegaciones.

En otro orden de cosas, debe hacerse notar el excesivo tiempo transcurrido para la tramitación del procedimiento, pues la reclamación se presentó en enero de 2003 y no ha tenido entrada en este Consejo hasta agosto de 2011, demora que se encuentra a todas luces injustificada y se compecece mal con el principio de eficacia a que está sujeta constitucionalmente la actuación de la Administración pública (artículo 103.1 de la Constitución).

Ahora bien, esta demora en la tramitación del procedimiento no exime a la Administración de su obligación de resolver con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42 de la LRJ-PAC.

CUARTA.- Entrando en el análisis de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión*

que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

2º.-En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como,

principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, conviene detenerse inicialmente en el daño alegado. Entiende la reclamante que se ha irrogado a su hijo un daño físico, además del daño moral y reclama, asimismo, por los gastos sanitarios ocasionados por la asistencia sanitaria privada.

En cuanto al daño físico resulta acreditada la realidad del daño, mediante los informes médicos en los que se constata que el menor padece una paresia crural leve. Igualmente queda suficientemente probado con las facturas aportadas por la reclamante la realidad del daño económico alegado.

Ahora bien, invoca también la reclamante el daño moral padecido por su hijo, derivado del daño físico, que se concreta en que *“la madre viene observando que el menor se encuentra acomplejado, causándole importantes perjuicios psicológicos”*. Sin embargo, esta alegación se encuentra ayuna de todo sustento probatorio. No hay en los informes médicos obrantes en el expediente ninguna referencia a este posible complejo del niño ocasionado por las limitaciones que su enfermedad le provoca, ni mucho menos informe de psicólogo que adviera la concurrencia de un daño de esta índole, por lo que el daño moral alegado no puede ser tomado en consideración.

Sentado lo anterior la cuestión se centra en dilucidar si el daño físico es imputable a la acción u omisión de los servicios públicos sanitarios en una relación de causa a efecto, y si el daño reviste el carácter de antijurídico.

Ahora bien, en el ámbito sanitario la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y de 23 de febrero de 2009 (Recurso nº 7840/2004) disponen que *“se trata, pues, de una obligación*

de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que pueda demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), señala: *"lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis".*

Señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) que *“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”.* Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, no convierte a la Administración a través de esta institución, en una aseguradora universal

de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

Por otra parte, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000–, entre otras), si bien la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para la reclamante (así las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre –recurso 3071/03– y 2 de noviembre de 2007 –recurso 9309/03– y 7 de julio de 2008 –recurso 3800/04–).

Sin embargo, la adecuación a la *lex artis* que de los informes obrantes en el expediente se infiere, no ha sido contradicha por la reclamante, que no aporta ni propone ninguna prueba sobre la vulneración de las buenas prácticas médicas de la actuación sanitaria de la que pudieran derivarse resultados indemnizatorios para la Administración, más allá de sus alegaciones que no hacen prueba de lo cuestionado.

De acuerdo con lo manifestado por el informe de la Inspección médica, no hay evidencia que permita establecer la relación de causalidad entre la atención médica dispensada y el cuadro de paresia crural leve, sin que por la reclamante se haya aportado prueba que sustente su pretensión.

Deja entrever la reclamante en su escrito que se ha producido una dejación por parte de la pediatra, al no dar la suficiente importancia a la sintomatología que presentaba el paciente.

Sin embargo, de la historia clínica del menor resulta que éste fue diagnosticado tempranamente, cuando solo contaba con un mes de edad, de un “clic” en la cadera, por lo que se realizó una ecografía que resultó ser normal, y se recomendó usar doble pañal. En las revisiones posteriores se sigue controlando la cadera, realizándose una radiografía de control en febrero de 1999 (a los 9 meses), que también ofreció resultados normales.

Es cuando el niño crece y comienza a andar cuando se aprecia que tuerce el pie derecho hacia fuera. Lejos de minimizar esta sintomatología la pediatra, y al ver que se estaba produciendo un retraso motriz, extiende parte de interconsulta a traumatología –que ha sido aportado por la interesada-, siendo enviado al hospital Gregorio Marañón para valoración en octubre de 1999, cuando el niño contaba con año y medio, si bien se desconoce si llegó a ser visto en este hospital, cuya asistencia sanitaria no se discute ni siquiera se menciona en la reclamación.

La asistencia sanitaria se interrumpe en febrero de 1999 por cambio de domicilio y se reinicia en junio de 2001, cuando el niño tiene ya 3 años. En la anotación correspondiente al 24 de octubre de 2001 se indica que el niño al caminar tiende a retrasar el miembro inferior derecho; tiene pies planos y valgos, torpe en sus movimientos, por lo que se le remite al traumatólogo, “los padres le van a llevar a un centro de estimulación”. Asimismo se hace constar que el niño está siendo analizado en hospital privado.

De lo anterior se infiere que no hay dejadez o abandono en el seguimiento de los problemas de motricidad que el niño iba presentando, que eran diferentes según se produce el crecimiento y que los padres voluntariamente decidieron acudir a la sanidad privada.

A lo anterior hay que añadir que no hay ningún indicio en el expediente que permita sostener que la evolución de la enfermedad del niño hubiera

sido distinta de haberse diagnosticado antes la paresia crural, a pesar de que la carga de la prueba recae en la reclamante. De hecho, según consta en el informe del hospital privado en el que se le diagnosticó la paresia crural, el tratamiento que se le pautó fue conservador, recomendándose realizar fisioterapia y psicomotricidad y la reclamante reconoce en su escrito de reclamación que la doctora cuya asistencia discute siempre le comentaba “*que tenía la psicomotricidad lenta por lo que debía intentar que el niño hiciera el mayor ejercicio posible*”, por lo que no se aprecia la vulneración de la *lex artis* en la asistencia sanitaria dispensada.

SEXTA.- Resta por pronunciarse acerca de si son reembolsables los gastos satisfechos por la asistencia sanitaria privada. Como ya hemos expuesto en otros dictámenes de este Consejo Consultivo, así el Dictamen 209/09, de 29 de abril de 2009, a propuesta de la Sección I, “*las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo reconocen el derecho de los pacientes a ser indemnizados en la cuantía de los gastos realizados por tener que acudir a la medicina privada, siempre y cuando, ante la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, el enfermo no haya tenido más alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada (vid. por todas, la Sentencia núm. 699/2007, de 31 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 9ª, nº de recurso: 174/2004)*. Nótese, además, que en todos los casos de los fallos judiciales que estiman la responsabilidad patrimonial de la Administración por necesidad de acudir a la medicina privada, se trata de supuestos constatados de falta de diligencia y pasividad prolongadas durante un largo periodo de tiempo, o en que se ha producido un sensible empeoramiento de la salud del enfermo, que justifican la pérdida de confianza del paciente en los médicos que le venían atendiendo en la sanidad pública, <<confianza -como razona la Sentencia del TJSJ de

Madrid, de la misma Sala y Sección, núm. 378/2008, de 25 de marzo; n^o de recurso 184/2005- que constituye un presupuesto inescindible de la prestación sanitaria>>. Por ello, continúa diciendo la misma Sentencia <<ante la reiterada omisión de los médicos de dicho Hospital, los gastos generados por la asistencia en la sanidad privada configuran un perjuicio patrimonial cierto causado por un deficiente funcionamiento de la Administración o, dicho de otro modo, un desembolso económico que debió realizar la paciente ante una inactividad de la Administración cuando la interesada tenía derecho a recibir ese servicio. Nada obsta a que el reintegro de esos gastos pueda encauzarse por distintas vías, como lo es a través de la responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, determinando así la competencia de esta jurisdicción>>”.

Sin embargo, no es éste el caso sometido a dictamen. La sanidad pública actuó con la diligencia debida, sin que hubiera la pasividad que la reclamante reprocha a la pediatra, quien, como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior, remitió al niño por dos veces al especialista, si bien se desconoce si realmente llegó a acudir. Además, como ya ha quedado explicitado, la sintomatología que presentaba el niño a lo largo del tiempo era diferente, en consonancia con su desarrollo y crecimiento, de modo que se fueron empleando los medios diagnósticos acordes a la sintomatología que presentaba en cada momento.

Por otra parte, sólo cuando los padres manifestaron su deseo de acudir a la medicina privada se dejó de realizar el seguimiento de las dificultades motoras del niño, a lo que hay que añadir que durante casi un año y medio (desde que el niño tenía 21 meses hasta los tres años) no fue atendido en el centro sanitario por cambio de domicilio.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por los servicios sanitarios debe ser desestimada por no concurrir los requisitos legales.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 2 de noviembre de 2011

