

Dictamen nº: **391/19**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **10.10.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 10 de octubre de 2019, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. .... (en adelante, “*la reclamante*”), por los daños y perjuicios derivados del retraso de tratamiento de lumbociatalgia en el Hospital Universitario Infanta Leonor (en adelante, HUIL).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito presentado el 10 de julio de 2017, la reclamante, representada por letrada, presenta en una oficina de correos, una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que refiere que el día 25 de agosto de 2016 empezó a sufrir un fuerte dolor lumbar y el 28 de agosto de 2016 acudió a Urgencias del HUIL donde tras la exploración física fue diagnosticada de “lumbociatalgia”, se le pautó medicación y recibió alta.

Prosigue en su reclamación indicando que el dolor persistió y tuvo que acudir nuevamente a Urgencias el día 30 de agosto de 2016 donde fue ingresada, explorada, se le realizó una Rm de columna lumbar sin

contraste y con diagnóstico de lumbociatralgia recibió alta el 1 de septiembre.

Manifiesta también que acudió el 16 de septiembre de 2016 al Servicio de Anestesia y Reanimación del HUIL y tras la exploración física se le pautó tratamiento medicamentoso, *“sin ningún tratamiento complementario para paliar el dolor, indicando explícitamente si siguiera con déficit motor solicitaré EMG y derivación a unidad de columna”* pero al no estar de acuerdo con el tratamiento que le fue indicado optó por acudir a la sanidad privada al día siguiente, 17 de septiembre de 2016 donde tras una exploración física *“y del estudio de las pruebas médicas ya realizadas con anterioridad”*, se le realizó una Rm de columna lumbar y le recomendaron una intervención quirúrgica urgente que se realizó al día siguiente pero sin que la intervención haya mitigado el dolor que padece en la región lumbar ni la sensación de inestabilidad y de parestesias en la pierna, muslo y pie derecho que la incapacita para su actividad laboral y tareas diarias.

Considera la reclamante que la asistencia sanitaria dispensada en el Servicio de Urgencias los días 28 y 30 de agosto de 2016 y en el Servicio de Anestesia el día 16 de septiembre de 2016 fue negligente al pautarse un tratamiento conservador inadecuado, basándose en el diagnóstico de intervención quirúrgica urgente alcanzado en la sanidad privada.

Finalmente expresa, que el 5 de septiembre de 2016 presentó una reclamación por los motivos anteriormente expuestos, sin que la Administración reconociera en la resolución dictada, ningún tipo de responsabilidad ni negligencia en la atención sanitaria que le fue dispensada.

Cuantifica el importe total de la indemnización solicitada en 205.000,00 euros.

Acompaña al escrito de reclamación diversa documentación médica, una escritura de apoderamiento, varias nóminas de la reclamante, la reclamación presentada en Atención al Paciente del HUIL el 5 de septiembre y el escrito de contestación de la directora gerente de dicho centro hospitalario fechado el 29 de septiembre de 2016.

**SEGUNDO.-** Del estudio del expediente, al que se ha incorporado la historia clínica, procedemos a destacar los hechos que resultan de interés para la emisión del Dictamen.

La paciente, con 39 años de edad en el momento de los hechos, con antecedentes de alergia a metamizol, ex fumadora, asma bronquial y hernia de hiato L5-S1 diagnosticada en octubre de 2015 en seguimiento en el Hospital de Sanchinarro, acude por primera vez a Urgencias del HUIL el 28 de agosto de 2016 por lumbalgia en tratamiento por mal control del dolor, sensación de parestesias por cara posterior de la pierna derecha hasta la planta del pie y sin pérdida de control de esfínteres. En la exploración física presenta dolor a la palpación lumbar bilateral, fuerza conservada en miembro inferior derecho, reflejos conservados, refiere disminución de sensibilidad en la cara posterior de la pierna derecha y Lasegue positivo a 60°. Se pauta enantyum, tramadol, metoclopramida y petidina y se administra inzitan, que aporta la paciente y le habían pautado en días previos.

La paciente permanece en observación en Urgencias para control analgésico. Presenta mejoría del dolor y han disminuido las parestesias. Recibe alta con juicio clínico de lumbalgia con radiculopatía compatible con L5 y mal control analgésico. Se pauta tratamiento con gabapentina, inzitan y paracetamol y solicitar cita en Unidad del Dolor y Traumatología.

El 30 de agosto de 2016 acude nuevamente a Urgencias del HUIL por lumbociatalgia aguda con irradiación a miembro inferior derecho

que no mejora a pesar del tratamiento analgésico pautado. Refiere, sensación de adormecimiento hasta el pie con pérdida de fuerza, sin parestesias, pendiente de valoración en Traumatología y en la Unidad del Dolor. En la exploración física presenta dolor a la palpación en región lumbar baja, parestesias más marcadas en la planta del pie, reflejo rotuliano y aquileo disminuidos, Lasegue a 15°.

Se realiza analítica y se pauta analgesia pero la paciente continua con dolor. Sin signos de alarma se pauta analgesia intensiva y observación durante la noche. Es valorada por Traumatología que considera que no precisa tratamiento quirúrgico urgente. La paciente se encuentra clínica y hemodinámicamente estable, afebril, eupneica en reposo, refiere mejoría del dolor, puede deambular, se le explica la ausencia de datos de alarma en ese momento y dado que presenta mejoría del dolor se decide alta hospitalaria el 1 de septiembre con juicio clínico de lumbociatalgia derecha, con medicación y recomendaciones. También se solicita RM de columna lumbar con carácter preferente y acudir a Traumatología, a la Unidad del Dolor y control por médico de Atención Primaria.

El 5 de septiembre acude a consulta de Traumatología sin signos de alarma y pendiente de RM.

El mismo día 5 de septiembre de 2016 presenta un escrito en Atención al Paciente del HUIL por *“un trato despectivo por parte del personal médico “..)”* que recibe respuesta de la directora gerente, el 29 de septiembre de 2016.

El 16 de septiembre de 2016 acude a la Unidad del Dolor del HUIL con un cuadro de ciatlalgia sin criterio de alarma, pendiente de realizarse una RM y en tratamiento médico. Se realiza exploración física, se ajusta la medicación y se prescribe citar en consulta para después de los resultados de la RM.

El 17 de septiembre de 2016 acude a Urgencias de la sanidad privada donde fue intervenida de artrodesis lumbar L5-S1 por lumbociatalgía el 18 de septiembre y reintervenida en septiembre de 2017.

Por resolución de 11 de abril de 2018 de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social se le reconoció una pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual.

**TERCERO.-** A raíz de la formulación del escrito de reclamación, se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Por oficio de la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas de 20 de julio de 2017, se comunicó a la reclamante la normativa de procedimiento aplicable, duración del procedimiento y los efectos del silencio administrativo.

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la reclamante del HUIL y del Centro de Salud Ensanche de Vallecas de Cincovillas.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC se ha recabado el informe del jefe de Servicio de Traumatología del HUIL de 21 de julio de 2017 que informa que la paciente fue valorada por el equipo de Traumatología de guardia el día 31 de agosto de 2016 a requerimiento del equipo de Urgencias del HUIL para valorar la lumbalgia de la paciente y *“en ningún momento de la exploración física, ni basado en los resultados de las pruebas complementarias ni del evolutivo clínico se objetivan los citados signos de alertas o recomendación de indicación quirúrgica en las atenciones prestadas el*

28, 31 de agosto y 5 de septiembre de 2016. Queda pues perfectamente indicada la ausencia de intervención quirúrgica urgente en dichas actuaciones". Cita el estudio EPISER, y un documento elaborado en 2015 por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad encaminado a proporcionar a los profesionales sanitarios documentos de ayuda a la toma de decisiones a través de las pautas de actuación y seguimiento (PAS), "cuya finalidad es impulsar el paso de una práctica centrada en la enfermedad a la atención centrada en el enfermo, la cual tiene en cuenta no solo la consulta, sino también la continuidad de la asistencia y el seguimiento del paciente" y según dicho documento: "Son indicaciones comunes para decidir la intervención: 1) fracaso del tratamiento conservador durante más de 8 semanas; 2) síndrome de la cola de caballo, cuya actuación ha de ser muy urgente 3) deterioro progresivo motor o sensitivo; 4) déficit neurológico significativo persistente ,y 5) ciática recurrente " sin que en el caso de la paciente se objetivaran los citados signos de alerta que indicaran intervención urgente.

También figura el informe del Servicio de Anestesiología, Reanimación y Tratamiento del Dolor del HUIL que con fecha 25 de julio de 2017 informa que cuando valoró a la paciente en septiembre de 2016 presentaba en la exploración leve empeoramiento de la fuerza distal y mala respuesta analgésica sin que dichos datos requirieran ingreso ni intervención quirúrgica urgente. Además la paciente tenía nueva RM en octubre para evaluar el estado de la discopatía L5 S1 "fundamental para establecer estrategia terapéutica". También menciona el documento, anteriormente mencionado, elaborado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y añade que dado el alto riesgo de incapacidad y dolor refractario tras la cirugía de columna, se prefiere ver evolución durante 8 semanas si no hay criterio de alerta o emergencia y disponer de toda la información complementaria como la resonancia o la electromiografía antes de decidir la cirugía, como

ocurrió en el caso de la reclamante y concluye *“En ningún momento de la exploración física, ni basado en los resultados de las pruebas complementarias ni del evolutivo clínico se objetivan los citados signos de alertas o recomendación de indicación quirúrgica urgente en la atención prestada el 16 de septiembre de 2016. Queda pues perfectamente indicada la ausencia de intervención quirúrgica urgente en dichas actuación a tenor de la información clínica disponible ese día y falta de resultados de resonancia pendiente en plazo prudencial de menos de 8 semanas”*. *“La paciente no acudió a consulta de dolor ni comunicó que se había operado, por lo que no pudimos establecer correcto seguimiento en la evolución postquirúrgica acaecida. Tiene todavía un electromiograma pendiente de citar por su parte”*.

Consta en el folio 191 el informe del Coordinador de Urgencias de 28 de agosto de 2017 que coincide en señalar que en ningún momento la paciente presentaba cambios en la exploración, ni signos de alarma, ni criterios de intervención quirúrgica urgente.

Asimismo, figura en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria en el que tras examinar la historia clínica y los informes emitidos realiza las siguientes conclusiones:

*“1.- La paciente, fue atendida en el hospital público y se la aplico tratamiento medico*

*2º .- libre y voluntariamente, decidió ir a un centro privado (hospital HM san Chinarro) donde el criterio que adoptaron fue quirúrgico, sin que eso resolviera la situación, por lo que no se puede admitir querer implicar por mala praxis la diferente actitud del hospital infanta Leonor que el hospital HM San Chinarro.*

*3º .- No se ha producido denegación de asistencia sino que libre y voluntariamente la paciente acude a un centro privado donde le*

*realizan un diagnóstico, como segunda opinión; que la orientan a que hay que intervenir rápidamente para evitar lesiones permanentes y después le aplican el tratamiento que ellos consideran y que por cierto no dio los resultados esperados.*

*4º No hemos encontrado que se haya producido un error diagnóstico. No hemos considerado ninguna actuación reprochable de mala praxis en este caso”.*

Emitidos los anteriores informes se confirió trámite de audiencia a la interesada. El 9 de mayo de 2018 presentó un breve escrito con una alegación única para manifestar que a efectos probatorios aportaba al procedimiento un informe médico pericial, junto a diversa documentación médica, partes médicos de incapacidad temporal por contingencias comunes, resolución de la Seguridad Social y facturas de farmacia que adjuntaba (folios 206 a 472).

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad ha formulado propuesta de resolución de 30 de mayo de 2019 en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial al considerar que no pueden catalogarse de mala praxis las actuaciones realizadas en el HUIL.

**CUARTO.-** El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 27 de junio de 2019.

Ha correspondido su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 10 de octubre de 2019.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que se consideró suficiente.



A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 26 de diciembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se regula en la LPAC según establece su artículo 1.1. y su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de una reclamación presentada tras la entrada en vigor de dicha norma. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), cuyo capítulo IV del Libro Preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En lo que respecta a la legitimación activa, la reclamante ostenta dicha legitimación para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP por cuanto que es la persona que ha recibido la asistencia sanitaria objeto de reproche.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente

causado en un centro hospitalario público perteneciente a su red asistencial.

Desde un punto de vista temporal, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año que se contará, cuando se trate de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el caso sujeto a examen, el daño, según la lógica de la reclamación, se produjo desde el momento en el que la paciente acude Urgencias el 28 de agosto de 2016 y no se le prescribió tratamiento quirúrgico, que si le fue indicado en la sanidad privada el 17 de septiembre de 2016 y realizado al día siguiente, por lo que la reclamación presentada el 11 de julio de 2017 está presentada en plazo legal.

En la tramitación del procedimiento se han seguido los trámites legales y reglamentarios previstos en la LPAC.

Durante la instrucción del procedimiento, se han incorporado los informes de los servicios médicos implicados en el proceso asistencial de la paciente (Servicio de Traumatología, Servicio de Urgencias y Servicio de Anestesia del HUIL). También ha emitido informe la Inspección Sanitaria.

Asimismo, se ha dado trámite de audiencia, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC y finalmente se ha redactado la necesaria propuesta de resolución.

De todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

**TERCERA.-** 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”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), señalan que la responsabilidad patrimonial requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 LRJ-PAC (actualmente, artículo 32 de la LRJSP):

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2016 (recurso 1153/2012 ) *«que cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la “lex artis” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico»*.

**CUARTA.-** En el presente caso, la reclamante considera que hubo un retraso en el tratamiento quirúrgico de la lumbociatalgia que padecía, tratamiento que sí le fue indicado en un centro privado.

Por tanto, en este caso se trata de determinar si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al diagnóstico y tratamiento de la enfermedad y si los facultativos implicados en el proceso asistencial de la enferma actuaron conforme a la *lex artis*.

Para evaluar la corrección de una concreta práctica médica hay que estar a la situación y síntomas del momento en que se realiza ésta. Ello se traduce en que se deben aplicar a los pacientes todos los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento. Esta obligación de medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta cada paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación 2228/2014) destaca: *“La asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y es precisamente lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugerían, desde el punto de vista médico, las diferentes dolencias del recurrente”*.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 9 de marzo de 2017 (núm. de recurso 203/2014), manifestó que *“en lo que específicamente se refiere al diagnóstico de las enfermedades que los pacientes padecen, la garantía de medios comporta que se utilicen los medios disponibles coherentemente con los síntomas y signos que presenten, y con la información relevante que faciliten”*.

Además, lo que procede es un empleo de medios ordinarios y diligencia para cerciorarse de los diagnósticos que se sospechen, sin que se exija la realización de todas las pruebas diagnósticas que pudieran llevarse a cabo, sino las adecuadas a los síntomas que presente el paciente, para su correcto tratamiento inmediato, derivación o seguimiento. En este punto cabe traer a colación lo expresado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2017 (recurso 133/2014 ) cuando señala que *“los servicios médicos*

*sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin más indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas y múltiples patologías sin que los síntomas que se tengan exijan su realización”.*

Así se ha entendido por esta Comisión Jurídica Asesora en numerosos dictámenes, entre ellos, el Dictamen 242/16, de 23 de junio, el Dictamen 462/16, de 13 de octubre o el Dictamen 196/17 de 18 de mayo.

Tampoco puede cuestionarse la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, mediante una regresión a partir de la evolución posterior de la enfermedad de los pacientes. Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual: *“No es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio "ex post", sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente”.*

Además, para ahondar más en la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron a la paciente, debemos señalar lo que constituye la regla general, esto es, que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de marzo de 2016 (recurso núm. 658/2015) que señala que *“la prueba de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el*

*daño causado, así como la existencia y contenido de éste, corresponde a quien reclama la indemnización, sin 14/17 que proceda declarar la responsabilidad de la Administración cuando esa prueba no se produce".*

Y, en cuanto a los medios de prueba, como recuerda también el Tribunal Superior de Madrid en sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso 154/2013), *"las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado".*

Pues bien, en este caso la interesada ha incorporado al procedimiento un informe médico pericial elaborado por un licenciado en Medicina y Cirugía, que no es especialista en la materia, que a la vista de la historia clínica, y de la declaración de la interesada no solo no acredita que hubiera error de diagnóstico cuando acudió a la sanidad pública sino que se llega a afirmar que *"No existen elementos de juicio para considerar que existió error diagnóstico pues el médico del servicio de anestesia del dolor si aprecia en la exploración signos de alarma, aunque no interviene y pospone su actuación hasta realizar la RM y ver los resultados".*

Sin embargo a la vista de la historia clínica e informes obrantes en el expediente resulta acreditado que la reclamante con antecedentes de hernia discal L5-S1, diagnosticada en octubre de 2015 en un centro privado, acudió a Urgencias del HUIL el 28 y 30 de agosto de 2016 por aumento de la clínica dolorosa y, tras la exploración y analítica realizada no se objetivaron signos de alerta que indicaran la necesidad de intervención quirúrgica urgente.

Fue valorada en Urgencias por Traumatología, y se pautó, siguiendo la práctica habitual según los informes obrantes en el expediente, tratamiento analgésico y miorelajante para alivio sintomático del dolor. En la asistencia dispensada en Urgencias el día 30 de agosto se inició corticoterapia y antiepilépticos para mejor control del dolor. La paciente refirió tener estudio de imagen de RM y se tramitó cita para revisión en consultas externas de Traumatología a la que acudió el 5 de septiembre de 2016 sin presentar signos de alarma y pendiente de estudio de RM. Cuando acude a la Unidad de Dolor estaba pendiente de RM se exploraron los síntomas y se reforzó la analgesia.

Para la Inspección Sanitaria *“en aquel momento no se daban los signos de alarma del dolor lumbar”* y según los informes obrantes en el expediente, el tratamiento conservador se prescribió se fundamenta en los documentos de consenso del Colegio de Médicos y del Ministerio de Sanidad que recomiendan el tratamiento quirúrgico siempre que hayan transcurrido 8 semanas desde el fracaso del tratamiento conservador o cuando haya síndrome de cola de caballo, deterioro progresivo motor o sensitivo o déficit neurológico persistente que según la Inspección *“no se apreció en la exploración”* por lo que *“no estaba indicado la intervención quirúrgica”*.

Respecto al cambio de tratamiento de la enfermedad adoptado en un centro privado, al día siguiente de acudir al HUIL, la Inspección Sanitaria informa al respecto que la sanidad privada *“tiene otros criterios”* pero que tras la intervención no se han obtenido los resultados esperados, puesto que según la Inspección *“esta claro que la indicación quirúrgica es la última solución despues de que hayan fracasado todas las demás terapias”*.

Conviene recordar que la regulación legal permite acudir a la sanidad privada pero sólo en casos de urgencia vital cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios del Sistema



Nacional de Salud, en los términos del artículo 4.3 del 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, interpretado restrictivamente por los tribunales del orden social [vid. sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 25 de mayo de 2009 (recurso 2/2008) y sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de enero de 2015 (recurso de suplicación 771/2014)].

En este caso, la intervención quirúrgica no estaba indicada y la decisión personal de la interesada de acudir a la sanidad privada, y la subsiguiente pretensión de repercutir su coste en la colectividad, no puede apoyarse en un error de tratamiento en el HUIL, pues no se ha acreditado que existieran razones objetivas que aconsejaran tratamiento quirúrgico. En definitiva, la falta de acreditación sobre la posible contravención de la *lex artis* en el funcionamiento del servicio público impide que la reclamación de responsabilidad patrimonial pueda ser acogida, y el detrimento patrimonial sufrido por la interesada, en tanto que deriva de su decisión voluntaria de acudir a la medicina privada, ha de ser soportado por ella.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado mala praxis en la asistencia sanitaria prestada a la interesado.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 10 de octubre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 391/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid