

Dictamen nº: **420/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **17.10.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 17 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 nombre y representación de D. (en adelante, “*el reclamante*” o “*el interesado*”) por la deficiente asistencia sanitaria recibida en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Infanta Sofía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de junio de 2017 se presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que el interesado solicitaba una indemnización por la indebida atención recibida en el Hospital Universitario Infanta Sofía, al que fue trasladado tras sufrir un accidente de tráfico en Alcobendas el día 30 de junio de 2016.

El reclamante alega que la atención recibida ha sido contraria a la *lex artis*, pues no se le practicaron todas las pruebas necesarias, sino tan solo una radiografía de la cara, en la que se apreció una fractura de los huesos propios nasales. Además, tras acudir entre los

días 2 y 5 de julio de 2016 al hospital para consulta, tampoco se le derivó al cirujano maxilofacial ante los evidentes dolores que padecía. Debido a ello, se vio obligado a acudir a consulta privada donde, tras la realización de las oportunas pruebas, se apreció la existencia de múltiples fracturas en los maxilares y órbitas que obligaron a una intervención quirúrgica de urgencia el 7 de julio de 2016 en una clínica privada.

En su solicitud alude a la remisión, a lo largo del expediente, de un informe del cirujano oral y maxilofacial que le atendió en el ámbito privado, informe de los daños psicológicos sufridos, así como facturas de gastos por la asistencia médico privada y valoración completa de la indemnización a percibir.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente y de la historia clínica del reclamante, resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

El interesado, nacido en 1993, sufrió un accidente de tráfico el 30 de junio de 2016 en Alcobendas, siendo atendido en un primer momento por una UVI móvil del SUMMA 112 y traslado posteriormente en ambulancia al Hospital Universitario Infanta Sofía, donde ingresó en el Servicio de Urgencias a las 14.06 del referido día.

Se le aprecia traumatismo facial tras golpe contra el volante al chocar contra un árbol, sin pérdida de conocimiento. El juicio diagnóstico determina la existencia de un traumatismo craneoencefálico leve y un traumatismo facial y el estudio radiológico determina la existencia de una fractura de los huesos propios nasales, sin que se detecten otras lesiones óseas.

Se le pauta amoxicilina e ibuprofeno, con sutura de la herida, cura en el centro de Atención Primaria en 48 horas, retirada de los puntos en 5-7 días en centro de Atención Primaria y regreso a

Urgencias el día 2 de julio para valoración por el Otorrinolaringólogo y, en cualquier momento, si empeora o presenta nuevos síntomas.

El 2 de julio se le lleva a cabo el retiro del taponamiento, apreciando buena estabilidad nasal y un dolor en escala Analógica 0-10 en un 3.

El 5 de julio acude a revisión en el Servicio de Urgencias, optando por la no retirada de puntos pues la herida no está cicatrizada. Se le deriva a valoración por maxilofacial por disfunción en la Articulación Temporomandibular, pero se hace constar en la historia clínica que presenta TAC facial realizado en otro centro.

Con posterioridad, el 6 de julio de 2016, siempre según el escrito de reclamación, el reclamante acude a una clínica privada donde se somete a un TAC craneal por indicación de un cirujano maxilofacial, en el que se aprecia una fractura en tercio medio facial con trazo de fractura tipo Le Fort I alto, que incluye fractura de pirámide nasal, con retrusión del tercio medio facial, siendo intervenido quirúrgicamente el 7 de julio de 2016 y dado de alta al día siguiente.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC)

Se incorporó al expediente la historia clínica y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, se aportó también el informe del Servicio de Urgencias del hospital de 20 de julio de 2017, en el que se manifiesta que *“en el análisis de las imágenes de las proyecciones radiológicas realizadas ese día, se evidencia fractura de huesos propios nasales. No se detectan otras lesiones óseas agudas en macizo facial ni en col. cervical... Además, en el informe de alta se*

indica control del paciente por el servicio de ORL y por su médico de atención primaria, con el fin de vigilar la evolución del proceso, lo que permitiría que, si ésta no fuera la adecuada, poder volver nuevamente a este Servicio de Urgencias”.

De igual modo, constan en el expediente sendas notas tanto del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Infanta Sofía, de fecha 29 de noviembre de 2017, como del Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Universitario La Paz, de fecha 5 de diciembre de 2017. En ambas se informa de que el interesado no acudió a las citas programadas con dichos servicios los días 20 de julio de 2016 y 14 de septiembre de 2017, respectivamente. Existe aquí un error en la fecha, pues esta última cita se programó para el 14 de septiembre de 2016.

Para la Inspección Sanitaria, cuyo informe fue requerido en la instrucción del expediente, la asistencia prestada fue correcta y adecuada a la *lex artis* y a la *lex artis ad hoc*, puesto que *“en Urgencias se le atendió conforme a lo establecido para estos casos. En este primer momento no se vio ninguna otra fractura que requiriera otra actuación médica”.*

Además, señala la Inspección Médica que *“En el Informe de Urgencias existe una nota a pie del juicio diagnóstico que dice: la anotación diagnóstica puede ser transitoria y sujeta a cambios, derivados de posteriores estudios y/o evolución clínica...”.*

El interesado aportó el 1 de septiembre de 2017 informe de cirujano maxilofacial de una clínica privada, donde consta la realización de TAC facial con reconstrucción 3D, en el que se aprecia fractura con retrusión del tercio medio facial tipo Le Fort 1alto, así como intervención quirúrgica el 7 de julio de 2016 con alta el 8 del mismo mes y año. Asimismo, presenta facturas por gastos médicos, honorarios profesionales del cirujano, servicio de fisioterapia y gastos

académicos por no haber podido incorporarse a sus clases, solicitando una indemnización total de 16.994,46 euros.

Concluida la instrucción del procedimiento, se confirió trámite de audiencia al reclamante, sin que presentara escrito alguno.

El 29 de mayo de 2019, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que la asistencia sanitaria había sido correcta y adecuada a la *lex artis* al haberse seguido las directrices de las guías diagnósticas y protocolos estandarizados en cuanto a la indicación de las técnicas diagnósticas pertinentes.

CUARTO.- Por escrito dirigido por delegación por el viceconsejero de Sanidad, de 26 de junio de 2019, -con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 27 de junio-, se formuló preceptiva consulta a dicho órgano.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 322/19, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 17 de octubre de 2019.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación -en soporte CD-, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales 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 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y por solicitud delegada del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, está regulada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según establece su artículo 1.1.

El reclamante, que actúa mediante representación acreditada en el expediente, está legitimado activamente al amparo del artículo 4 de la LPAC, por cuanto es la persona a la que se le ha prestado la asistencia sanitaria que considera negligente.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (*ex* artículo 67 LPAC). En el presente caso, la reclamación ha sido interpuesta en plazo legal, pues se presentó el 28 de junio de 2017, mientras que el

ingreso del reclamante en el Servicio de Urgencias se produjo el 30 de junio de 2016, con independencia del periodo de curación o las secuelas del primitivo accidente.

No se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se ha recabado el informe del Servicio al que se imputa el daño, de acuerdo con los artículos 79 y 81 de la LPAC, y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia al reclamante, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC, que no presentó alegaciones.

Y finalmente, se dictó la propuesta de resolución según lo exigido en el artículo 91 de la LPAC

En suma, pues, 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 la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos:

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. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“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”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en sentencia de 16 de marzo de 2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y

que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta. (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010) ha señalado 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, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.

CUARTA.- En el presente caso, el reclamante considera que hubo un negligente diagnóstico de las fracturas padecidas como consecuencia de un accidente de tráfico por parte del Servicio de Urgencias del hospital, pues no se realizaron suficientes pruebas diagnósticas ni se le derivó a otros profesionales que hubieran podido detectar las múltiples fracturas maxilofaciales que padecía. Por tanto, en este caso, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios y la determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al diagnóstico de la enfermedad y si los facultativos implicados en el proceso asistencial del reclamante actuaron conforme a la *lex artis* se convierte en la cuestión a examinar.

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 colocación 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 entendió por el Consejo Consultivo de la Comunidad de

Madrid y 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:

«La realización de pruebas diagnósticas debe realizarse en función de criterios clínicos, pues entender lo contrario sería tanto como convertir la práctica médica en un aluvión de pruebas y estudios, por si acaso en alguno se detecta algo que a priori no se sospecha, dando lugar a lo que se ha denominado ‘medicina defensiva’, entendiéndolo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2010 (recurso 731/2008), que dicha actuación médica mediante la “solicitud indiscriminada de batería de pruebas diagnósticas” ha de calificarse como “ineficiente e insensata”».

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 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 no se ha incorporado al procedimiento por quien tiene la carga de la prueba ningún tipo de acreditación de que la atención dispensada al reclamante haya sido contraria a la *lex artis*, sin que sirvan a este propósito las meras afirmaciones que hace el interesado sin sustento probatorio alguno.

En este punto, frente a las afirmaciones no respaldadas del interesado, los informes médicos que obran en el expediente,

contrastados con la historia clínica examinada, contradicen la versión descrita en la reclamación y evidencian que la asistencia que se le dispensó fue adecuada.

Así, la historia clínica pone de manifiesto que, trasladado en ambulancia el reclamante y atendido por el Servicio de Urgencias del Hospital al presentar herida inciso contusa en región frontal izquierda y realizadas las oportunas pruebas radiológicas, se apreció en un principio una fractura de los huesos propios de la nariz, sin otras lesiones óseas, pero advirtiendo, en el informe de alta de 30 de junio de 2016, del carácter transitorio del diagnóstico, sujeto a evolución, debiendo el paciente regresar a Urgencias si empeoraba o presentaba nuevos síntomas. De igual modo, el 2 de julio de 2016 se lleva a cabo en Consultas Externas la retirada del taponamiento efectuado por el otorrinolaringólogo, apreciando estabilidad nasal y un nivel bajo de dolor. Además, sí se derivó al paciente al Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Universitario La Paz, con cita el 14 de septiembre de 2016.

Sin embargo, como se recoge en el informe de la Inspección Médica y en el propio escrito de reclamación, el 5 de julio del citado año, cuando el paciente acude a Urgencias para retirada de puntos y férula, cuenta ya con un TAC realizado en una clínica privada que, según el reclamante, muestra las múltiples fracturas producidas, pero de cuyo resultado, pues no aparece en la historia clínica, no da traslado al facultativo que le atiende.

Por ello, concluye la Inspección Médica señalando que *“El paciente no acudió a ninguna de las citas solicitadas, ni al Servicio de Urgencias refiriendo el empeoramiento de su estado...Decidió por su cuenta ir a un médico privado para que le valorara... Si hubiera acudido de nuevo a Urgencias de cualquier hospital sin duda y con los antecedentes que tenía, se le hubieran practicado todas las pruebas*

diagnósticas necesarias y se hubiera llegado al mismo diagnóstico y tratamiento.. No existe evidencia de que la atención prestada al paciente haya sido incorrecta o inadecuada”.

Conclusión a la que debemos atenernos, a falta de prueba en contrario, dado que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 22 de junio de 2017 (recurso 1405/2012):

“...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.

Por otro lado, conviene recordar que supuestos como el presente, en el que el interesado acude a la sanidad privada en vez de al sistema público de salud al que tenía derecho por estar bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social, han sido objeto de diferentes dictámenes tanto del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid como del propio Consejo de Estado. Señala al respecto el Consejo Consultivo, en su Dictamen 62/2015, de 18 de febrero, lo siguiente:

«En materia de reembolso de gastos, este Consejo viene recordando (dictámenes 209/09, de 29 de abril, 648/11, de 23 de noviembre y 56/14, de 5 de febrero, entre otros) que... 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 TSJ de Madrid, de la misma Sala y Sección, núm. 378/2008, de 25 de marzo; nº de recurso 184/2005- que constituye un presupuesto inescindible de la prestación sanitaria”.

Sin embargo, en este caso no se aprecia que hubiera una actuación de dejadez o desidia de los servicios sanitarios públicos que hiciera que la reclamante tuviera que acudir a la sanidad privada para que su salud no sufriera daños”.

De igual modo, el Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000) indica que:

“No procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente porque, (...), tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada.

Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada”.

Por su parte, el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (exp. 3322/2003), recuerda que *“debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una "urgencia vital", de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.*

En cuanto al error de diagnóstico como circunstancia que puede amparar el resarcimiento de los gastos habidos en la sanidad privada, cuando el diagnóstico erróneo se produce únicamente en urgencias, sin comunicar a la Administración sanitaria el error cometido y posibilitar la instauración de un tratamiento adecuado a la verdadera dolencia del paciente, se niega el resarcimiento de los gastos derivados de acudir a la sanidad privada. Así lo considera la STSJ Castilla y León, núm. 530/2008, de 11 de abril, cuando señala que el interesado, a quien en urgencias no se le había detectado la dolencia

que padecía y que fue diagnosticada por un médico privado que le interviene quirúrgicamente, *“en todo caso pudo y debió, antes de operarse, poner en conocimiento de la sanidad pública dicho diagnóstico y ello a fin de que por la Administración sanitaria se pudiera acometer el oportuno tratamiento, (...), puesta en conocimiento que, sin embargo, no hizo, optando sin más por la asistencia privada, lo que arrastra la desestimación de la demanda ya que, en definitiva, no se ha probado ni el retraso que hubiese experimentado la intervención en el supuesto de haberse confiado a la sanidad pública, ni que en ésta no se dispusiese de medios personales y materiales para culminar con éxito la operación quirúrgica que resultase procedente”*.

Así, como recoge el informe de la Inspección Médica aportado al presente procedimiento, si el reclamante hubiera acudido de nuevo a Urgencias de cualquier hospital público se le hubieran practicado todas pruebas diagnósticas necesarias y se hubiera llegado al mismo diagnóstico y tratamiento

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación presentada al no haberse acreditado la existencia de *mala praxis* en la atención dispensada al reclamante ni concurrir la antijuridicidad del daño.

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 17 de octubre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 420/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid