

Dictamen n^o: **209/09**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **29.04.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 29 de abril de 2009, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de E.R.P. por la deficiente asistencia sanitaria que a su juicio le fue dispensada en el Centro de Especialidades Hermanos Sangro, en solicitud de indemnización del coste de la asistencia en la Sanidad Privada para extirpación quirúrgica del adenocarcinoma renal que padecía y que asciende a un total de 24.713,42 €, al amparo del artículo 13.1.f) 1.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado día 26 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud firmada por el Consejero de Sanidad referida a una serie de expedientes de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, entre los cuales se encuentra el que nos ocupa.

A dicho expediente se le asignó el número de registro de entrada 156/09, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto

26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno, venciendo dicho plazo el día 5 de mayo de 2009.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 29 de abril de 2009.

SEGUNDO.- El expediente remitido trae causa del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por el interesado con fecha 10 de abril de 2005, por el que E.R.P. solicita indemnización de daños y perjuicios por el coste de la asistencia que le fue dispensada en la Sanidad Privada, a la que recurrió por considerar defectuosa la asistencia que se le prestó en el Centro de Especialidades Hermanos Sangro.

Según se recoge en dicho escrito, el 11 de septiembre de 2005, el paciente (de 39 años de edad entonces) acudió hacia las 22.30 h. a urgencias del Hospital Gregorio Marañón por detectar la presencia de sangre en la orina. Tras ser visto por el urólogo, le derivaron al de zona con carácter preferente. Con el informe de urgencias, le citaron con el Doctor A.K.K. del ambulatorio Hermanos Sangro, el día 28 de septiembre de 2005. Las pruebas diagnósticas que le fueron prescritas por dicho facultativo consistieron en una ecografía, placa de tórax y analíticas, pruebas que le serían practicadas los días 4, 5 y 6 de octubre de 2005, teniendo cita con el urólogo para los resultados el día 21 de octubre.

A la vista del informe de la ecografía practicada en el centro Federica Montseny –en el que se apreciaba una masa sólida de 12 cm.-, y con la radiografía de tórax, se le dio cita con el Dr. A.K.K. para el mismo día 5 de octubre. En esta consulta, el especialista le aconsejó hacerse un TAC con carácter de urgencia, ante la sospecha de que pudiera tratarse de un tumor.

En la ventanilla de citaciones (no especifica en qué centro hospitalario) le dieron cita para el día 11 de noviembre de 2005.

Ante la insistencia del paciente, consiguió que le hicieran un TAC el mismo día 6 de octubre, comunicándole en el momento que tenía un tumor renal y que debían extirparle el riñón con urgencia antes de que se le extendiese a otro órgano renal.

En esta situación, el enfermo decide acudir al urólogo privado Dr. J.E. R.B., quien se ofrece a operarle el día 13 de octubre de 2005.

Simultáneamente, pide cita con el Dr. A.K.K. del ambulatorio Hermanos Sangro, quien el día 7 de octubre le hizo un volante para ingreso hospitalario en el Hospital Gregorio Marañón. Una vez en el Hospital, le dijeron que le comunicarían en quince días la cita con el urólogo de dicho centro.

Dada la gravedad de la situación y lo avanzado del adenocarcinoma, el reclamante decidió operarse en la Sanidad privada, reclamando el importe de los gastos realizados, y que ascienden a un total de 24.713,42 €. El fundamento de su reclamación está en que entiende que no debería haber realizado dicho desembolso ni haber padecido una situación tan angustiosa *“si los doctores del Servicio Público de Salud de la Comunidad de Madrid hubiesen actuado con la diligencia y la urgencia que el caso requería”*.

TERCERO.- Del examen de la Historia Clínica del paciente y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos, que se consideran de interés para la emisión del dictamen, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

1. Paciente de 39 años de edad en el momento de los hechos, que acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Gregorio Marañón el 11 de Septiembre de 2005, con cuadro de hematuria. Tras exploración

física y constatación de hematuria mediante observación de muestra de orina, se deriva al Urólogo de zona para estudio.

2. El 26 de Septiembre de 2005 acude al Urólogo del Ambulatorio Hermanos Sangro, tras lo cual se le solicita una ecografía urgente, realizada el 4 de octubre de 2005.

3. Se le atiende el día 5 de octubre de 2005, apreciando en la ecografía una masa sólida de riñón derecho, por lo que se solicita TAC toracoabdominal urgente.

4. El TAC se realiza el día 6 de octubre de 2005 en el Hospital Ramón y Cajal, confirmando la existencia de una neoformación renal, motivo por el que se deriva nuevamente al Hospital Gregorio Marañón.

5. Va a consulta externa del Hospital Gregorio Marañón con fecha 7 de octubre de 2005, desde su ambulatorio de zona, siendo citado nuevamente en consulta externa el día 18 de Octubre de 2005.

6. Sin embargo, el paciente, ante la posibilidad de demoras asistenciales, decide optar por la medicina privada. Se le realiza una exploración en la que se aprecia masa en hipocondrio derecho, la ecografía muestra tumor renal derecho, la analítica de sangre y orina es normal. Asimismo, en el TAC se comprueba la presencia de tumor que ocupa buena parte del riñón derecho, completándose dicho diagnóstico con arteriografía renal y radiografía. Se le diagnostica de adenocarcinoma renal de células cromóforas, bien diferenciado, estadio T2MOMX.

7. Con fecha 13 de octubre de 2005, sin contraindicación preanestésica en la Clínica A se realiza nefrectomía radical derecha, por vía laparoscopia transperitoneal. La intervención tiene lugar sin incidentes intraoperatorios, extrayendo por contraincisión inguinal la masa renal, que presenta un diámetro tumoral superior a 10 cm., lo que hace laborioso su exéresis y

extracción por esta vía. La anatomía patológica indica que se trata de un tumor de 10.5 cm., con un peso renal de 1010 gr., tratándose de un carcinoma renal de células cromófobas. El tumor está contenido dentro de la cápsula y no existe invasión de la vena renal. El crecimiento de dicho tumor es de tipo acinar. Es dado de alta a las 36 horas con buen estado general, con indicación de hacer revisiones periódicas y recomendación de interconsulta con oncología médica.

8. Acude a Consulta externa del Hospital Gregorio Marañón el día 18 de octubre de 2006, comunicando a su médico que el día 13 de octubre de 2006 ha sido intervenido en la Clínica A, acudiendo para realización de seguimiento después de la cirugía. Se le realizan revisiones posteriores a dicha intervención, estando asintomático en la revisión de enero de 2006.

CUARTO.- Con respecto al procedimiento seguido, se han cumplido los trámites establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia regulado en los artículos 84 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y 11 del Real Decreto 429/1993 (Reglamento de este tipo de procedimientos, RPRP).

Igualmente, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del citado Real Decreto, se han recabado los informes del preceptivos del Servicio médico afectado, en concreto, del Dr. A.K.K., urólogo del ambulatorio Hermanos Sangro (folio 43), así como el informe elaborado a instancias de la Compañía Aseguradora con la que el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) tiene suscrita la póliza del seguro de responsabilidad civil.

Por lo que hace al procedimiento administrativo propiamente dicho, se dio trámite de audiencia al interesado, concluida la instrucción del

expediente, el día 15 de enero de 2008 (folio 68 bis), sin que por el mismo se haya evacuado escrito de alegaciones.

Finalmente, por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria se dictó propuesta de resolución en fecha 8 de enero de 2009 (folios 74 a 82), en que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada por considerar que en todo momento hubo buena praxis médica, atendido el conjunto de la prueba obrante en el expediente. Dicha propuesta de resolución ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el pasado 3 de marzo de 2009 (folio 84).

QUINTO.- En el expediente remitido por la Consejería de Sanidad, debidamente numerado y foliado y que se estima completo, se ha incorporado la siguiente documentación:

1. Historia Clínica del paciente remitida desde el Hospital Virgen de la Torre (Atención Especializada-Área 1)

2. Informe del Dr. A.K.K., urólogo del ambulatorio Hermanos Sangro, en el que refiere que el paciente *“el 11 de septiembre de 2005 fue visto en urgencias en el Hospital General Gregorio Marañón, acudió a la consulta de urología del ambulatorio Hermanos Sangro el 26 de septiembre de 2005 refiriendo una hematuria monosintomática, tras la cual se le solicita una ecografía urgente, realizada el 4 de octubre de 2005, se le atiende el día 5 de octubre de 2005, apreciando en la ecografía una masa sólida de riñón derecho. Se solicitó un TAC toracoabdominal urgente que fue realizado el mismo día. El día 6 de octubre acudió su esposa a la consulta y fue derivado con urgencia al Hospital Gregorio Marañón”* y puntualiza *“desde que fue visto en la consulta hasta realizar el diagnóstico oportuno no pasaron ni diez días”*.

3. Informe de la Asesoría Médica de la Correduría de Seguros (folios 63 a 67) B, con la que el SERMAS tiene suscrita la póliza del seguro de

responsabilidad civil, encargada a la UTE C. Dicho informe, llega a la conclusión de que *“el paciente acude a Sanidad Privada, reclamando gastos. Pero es más, el abandono de la sanidad pública se produce sin causa objetiva que lo justifique; no puede hablarse de demora en la asistencia ni de mala praxis, por lo que no procede la estimación de la reclamación”* (folio 66).

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*. En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada se ha cifrado por el propio interesado en la cuantía de 24.713,42 €, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el Consejero de Sanidad–, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP).

En el caso presente, si el paciente es operado en la medicina privada el 13 de octubre de 2005, siendo dado de alta hospitalaria a las 36 horas de habersele practicado la nefrectomía renal, interponiendo su reclamación el 10 de abril de 2006, la conclusión es que la misma está interpuesta dentro de plazo.

SEGUNDA.- El reclamante formula su pretensión indemnizatoria en solicitud de los daños y perjuicios que se le han causado, según su versión, por el mal hacer del personal médico del Centro de Especialidades Hermanos Sangro, que, a su juicio, le obligó a solicitar ser atendido por la medicina privada, con el consiguiente desembolso de gastos. En él concurre la condición de interesado del artículo 31 de la LRJAP.

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 del ambulatorio Hermanos Sangro, integrado dentro de la red sanitaria madrileña.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al Director General del Servicio Madrileño de Salud según el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. En concreto, se han recabado los informes del urólogo especialista que atendió al reclamante (exigido por el artículo 10 del RPRP), así como el informe elaborado a instancias de la

Compañía Aseguradora, cuya petición se ampara de la previsión genérica del artículo 83 de la LRJAP.

Se ha concedido trámite de audiencia al interesado, exigido con carácter general en el artículo 84 de la LRJAP, sin que pueda argumentarse que se le haya irrogado indefensión.

Debe mencionarse también, aunque constituye una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, la constante inobservancia de los plazos que marca la legislación vigente en orden a la tramitación de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, que deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses desde su iniciación, salvo que se hubiese acordado periodo extraordinario de prueba, conforme al artículo 13.3 del RPRP.

En el caso examinado, la reclamación patrimonial se presenta en 10 de abril de 2006, por lo que el procedimiento debería haber concluido antes del 10 de octubre de 2006; sin embargo, no es hasta el 8 de enero de 2009 (más de dos años más tarde), cuando se formula propuesta de resolución. En cualquier caso, ello no es óbice para que subsista la obligación de resolver para la Administración *ex* artículo 42 de la LRJAP, y por tanto, de emitir dictamen para este Consejo Consultivo.

CUARTA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“(...) esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992,, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en si mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.

La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

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, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2.007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) 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"*, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

Como antes se dijo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en el ámbito de la cual la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que ha de reunir para poder apreciar o no su concurrencia. Así, si la actuación de los servicios públicos sanitarios no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos

permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria, de aquellos otros en los que se va a considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la propia patología del enfermo. Este requisito, que se debe a la jurisprudencia y a la doctrina, sirve para establecer un límite a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad, evitando así el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una especie de aseguradora universal de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria, no es otro que la infracción del principio de la *lex artis*, que sustentado por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, no naciendo entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que, en esta materia, la responsabilidad viene dada por el carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando “*no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario*” (vid. SSTs de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000), a lo

que hay que añadir que *‘la violación de la lex artis es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido, pese al correcto empleo de la lex artis, implica que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento’* (STS de 14 de octubre de 2002).

Conforme a las reglas generales aplicables en orden a la carga de la prueba, tanto la violación de la *lex artis* como la existencia de nexo causal, corresponde probarlo al reclamante.

Y a mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso- Administrativo), es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que *“prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas”*.

QUINTA.- De lo que se trata, en el caso presente, es de determinar si, con los datos que se desprenden de la Historia Clínica del paciente, y de los distintos informes médicos obrantes en el expediente, ha habido o no infracción de la *lex artis ad hoc*. Éste es el criterio utilizado por la jurisprudencia para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial, *“y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. (...) Por lo tanto, el criterio de la lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que*

impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (lex artis). Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a la responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión, sino también la infracción de dicha lex artis; de exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad, al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva, sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la lex artis” (Sentencia núm. 156/2008, de 12 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, recurso contencioso-administrativo núm. 226/2005).

En el supuesto examinado, ha quedado acreditado, y de hecho es reconocido explícitamente por el interesado en su escrito de reclamación, que, desde que fue atendido por vez primera en el Servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón el 22 de septiembre de 2005, ante la presencia de hematuria, hasta ser atendido por el urólogo de zona Dr. A.K.K., el 28 de septiembre, pasaron tan sólo seis días. Las pruebas diagnósticas que le fueron prescritas por este facultativo se le señalaron para los días 4, 5 y 6 de octubre siguientes. De hecho, detectándose una masa de 12 centímetros en el riñón derecho en la ecografía, se le dio cita con el urólogo para el mismo día 5 de octubre por la tarde (inicialmente se la habían dado para el día 21 de ese mes). Y al día siguiente, el 6 de octubre, se le practicó un TAC de urgencia.

Entre medias de este proceso, el paciente, por su cuenta y riesgo, decide acudir a la medicina privada, dada la disponibilidad del médico con el que contacta, de operarle en la Clínica A el día 13 de octubre siguiente.

En la propia reclamación, se reconoce que la esposa del reclamante acudió a la consulta del Dr. A.K.K. el día 7 de octubre, haciéndole el médico un volante para ingreso hospitalario.

Del resumen de los hechos que acabamos de referir, resulta que la actuación de la sanidad pública no puede tildarse en modo alguno de lenta o de poco diligente en el diagnóstico y tratamiento del enfermo. Antes al contrario, como el propio especialista que le atendió en el ambulatorio constata en su informe, *“desde que fue visto en la consulta hasta realizar el diagnóstico oportuno no pasaron ni diez días”* (folio 43).

Ciertamente, 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”*. 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”.

No es éste el caso sometido a dictamen. La sanidad pública actuó con toda diligencia en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad de E.R.P., constituyendo la decisión de éste de acudir a la medicina privada, una actuación atribuible más a su temor e impaciencia, que una consecuencia de la dilación o demora de los médicos de la Sanidad Pública, los cuales, en cuanto dispusieron del diagnóstico definitivo –obtenido menos de diez días después de la primera asistencia–, pusieron los medios a su alcance para lograr la curación del enfermo. En definitiva, siendo la actuación de los profesionales del Servicio Madrileño de Salud del todo conforme a los parámetros derivados de la *lex artis ad hoc*, no existe relación de causalidad entre los daños sufridos por el enfermo y la actuación de la Administración sanitaria.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por E.R.P. contra la Comunidad de Madrid por la deficiente asistencia sanitaria que a su juicio le fue dispensada en el Centro de Especialidades Hermanos

Sangro, en solicitud de indemnización del coste de la intervención en la medicina privada para extirpación quirúrgica del adenocarcinoma renal que padecía, debe ser desestimada.

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 de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 29 de abril de 2009

