

Dictamen n^o: **513/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.10.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 30 de octubre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por E.G.S. (en adelante “*el reclamante*”), sobre los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada Hospital Universitario Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de julio de 2007, el reclamante, por medio de representante, presentó escrito solicitando la declaración de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, en relación con los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la demora en el diagnóstico de la afección de rodilla que padecía, por parte del Centro Integral de Diagnóstico y Tratamiento (CIDT) del Hospital Universitario Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares (HUPA).

En su escrito, la representante, madre del reclamante, manifiesta que el 20 de mayo de 2007, acudió junto con éste al Servicio de Urgencias del Hospital Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares por dolor en la rodilla que le impedía andar donde, tras la realización de radiografía, fue diagnosticado de esguince, pautándose reposo y tres semanas de baja.

Relata que dado que los dolores e inflamación persistían, acudió a su médico de atención primaria (MAP) y solicitó la realización de una resonancia, la cual le fue negada y que se facilitó por el facultativo para ser atendido por Traumatología, negándose a expedirlo en un primer momento con carácter preferente, a lo cual finalmente accedió ante la insistencia del reclamante.

Continúa expresando que acudió a la consulta de Traumatología el 25 de junio en la que se solicitó la práctica de resonancia magnética, la cual fue programada para el 1 de octubre, y que ante los continuos dolores que padecía, y el tiempo de espera para la práctica de la resonancia magnética pautaada, acudió para su realización a un centro privado, cuyo importe ascendió a 200 euros.

El resultado de la anterior prueba fue el siguiente:

- Meniscospatía degenerativa externa.
- Rotura del cuerpo y cuerno posterior del menisco interno.
- Rotura del ligamento colateral medial.
- Marcado edema de médula ósea en cóndilo femoral externo y meseta tibial externa.
- Llamativo aumento de líquido articular.

En consulta de Traumatología de 3 de julio de 2007, alega, la lesión fue calificada como muy grave, siendo remitido para valorar un posible tratamiento quirúrgico. No obstante, la cita es programada para el 8 de agosto, lo que indica la reclamación, suponía continuos dolores de rodilla, baja médica y las consiguientes molestias.

Solicitaba por ello que se procediese a adelantar la cita pendiente con el equipo de Traumatología, así como el reintegro de los 200 euros

correspondientes a la prueba realizada en centro privado, más una indemnización por los daños morales, físicos y psicológicos ocasionados.

Acompañó a su reclamación informe de resonancia magnética en centro privado, factura de dicha prueba y documento de representación.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

Consta en el expediente que el interesado, de 26 años de edad en el momento de los hechos, acudió a consulta de traumatología de cupo en el HUPA el 15 de junio (por error en su escrito consigna el 25). En esta consulta, según consta en el informe del precitado hospital, se le dio cita para la realización de una resonancia magnética nuclear (RNM) el día 1 de octubre de 2007.

Con fecha 21 de junio de 2007, el reclamante se realizó una RNM en un centro privado, con el siguiente diagnóstico: *“rotura del ligamento cruzado anterior. Meniscopatía degenerativa externa. Rotura del cuerpo y cuerno posterior del menisco interno. Rotura del ligamento colateral medial. Marcado edema de médula ósea femoral externo y meseta tibial externa. Llamativo aumento del líquido articular”*.

El día 3 de julio de 2007 acude nuevamente a consulta. Se le cita para nueva consulta jerarquizada de traumatología para la valoración de intervención quirúrgica el día 8 de agosto, si bien, ante los resultados de su RNM se adelanta dicha cita al 11 de julio de 2007. En esta consulta se evidencia la rotura de menisco interno y ligamento cruzado anterior.

El 2 de agosto de 2007 acude a su centro de salud por dolor en la rodilla y se pautó tratamiento farmacológico.

Con fecha 30 de agosto de 2007 se realizó la cirugía artroscópica de rodilla previa firma del consentimiento informado. Constan notas de evolución clínica de 20 de septiembre, 17 de octubre, 15 de noviembre y 19 de diciembre de 2007; en esta última se constata “*marcha sin claudicación*” y se da el alta. Vuelve a revisión el 13 de febrero de 2008

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido un procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al expediente informe emitido por el Servicio de Atención al Paciente del CIDT Francisco Díaz, dependiente del HUPA, de 6 de julio de 2007, en el que se manifiesta:

“[el reclamante] fue atendido en la consulta de traumatología de cupo el día 15 de junio de 2007, y posteriormente el día 3 de julio de 2007. Dicho día fue derivado a la consulta de traumatología jerarquizada para valoración de intervención quirúrgica ante los resultados de su RNM. El profesional antes mencionado (Dr. M.) no las realiza.

La cita que se le dio en principio fue para el día 8 de agosto de 2007, pero ante la situación clínica del paciente se le ha adelantado dicha cita al día 11 de julio de 2007, quedando avisada personalmente.

El paciente aun conserva la cita dada por parte del Hospital para la RNM, la cual es para el día 1 de octubre de 2007”.

Consta notificada por los servicios postales, en fecha 20 de julio de 2007, la apertura del trámite de audiencia, sin que se hayan presentado alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

Formalizado el trámite de audiencia, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 23 de septiembre de 2013, en el sentido de estimar parcialmente la reclamación patrimonial, reconociendo una indemnización por importe de 200 euros, en concepto de los gastos satisfechos en la práctica de una RNM en la sanidad privada.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante Orden de 25 de septiembre de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 30 de septiembre siguiente solicita la emisión del preceptivo dictamen, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 30 de octubre de 2013.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LCC), al ser indeterminada la cuantía de la reclamación; así debe considerarse ya que el reclamante solicita por una parte la cantidad

de 200 € y por otros daños “*morales, físicos y psicológicos*” que no cuantifica.

El dictamen se ha solicitado por un órgano legitimado para ello, el Consejero de Sanidad, según el artículo 14.1 LCC, y se emite dentro del plazo legal establecido por el artículo 16 de la LCC.

SEGUNDA.- El reclamante está legitimado activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por ser la persona supuestamente afectada por los daños cuya indemnización reclama.

Actúa en el procedimiento por medio de representante, cuya representación no se acredita en debida forma. Así, el escrito de reclamación aparece firmado por quien manifiesta ser la madre del interesado, y se aporta un documento privado de representación.

La reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es una solicitud de inicio de un procedimiento de acuerdo con la definición de solicitud del artículo 70 de la LRJ-PAC, razón por la cual si una persona actúa en nombre y representación de otra debe aportar poder suficiente para ello o cuando menos otorgar dicha representación en comparecencia personal ante funcionario público.

En consecuencia, al no haberse aportado al expediente ningún documento que acredite suficientemente la representación al amparo de lo establecido en el artículo 32 de la LRJ-PAC, este Consejo entiende que la Administración debe exigir la acreditación de la representación de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 del mismo cuerpo legal, por lo que se debe requerir de forma expresa al compareciente para que acredite debidamente, en el plazo de diez días, su representación, con la indicación de que, de no hacerlo, se le tendrá por desistido en su reclamación. Aunque ello debiera haberlo realizado la Administración en el momento

inicial del procedimiento, tan pronto como la Administración advierta que alguien actúa sin acreditar debidamente la representación, nada impide que dicho requerimiento pueda y deba efectuarse con posterioridad, de modo que si la subsanación se lleva a cabo se dé por válido todo lo realizado con anterioridad.

En el presente caso el cumplimiento de este requisito de procedimiento cobra si cabe especial relevancia, habida cuenta que la propuesta de resolución estima procedente una indemnización.

Hecha la anterior observación y a pesar de considerar que existe un defecto en la acreditación de la representación, cuya subsanación la Administración debe exigir, este Consejo examinará la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid al formar parte el HUPA de la red sanitaria pública madrileña.

Por lo que respecta al plazo para reclamar, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC establece que prescribe al año de producirse el hecho lesivo y en el caso de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación de las secuelas.

En este caso, consta que el reclamante acudió a consulta de traumatología el 15 de junio de 2007 y, entre otras actuaciones, que fue intervenido de la patología de rodilla el 30 de agosto del mismo año. Al haberse presentado la reclamación el 4 de julio de 2007 debe considerarse presentada en plazo.

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial han de tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el RPRP.

A estos efectos el centro al que se imputa el daño ha emitido informe, conforme establece el artículo 10 del RPRP y se ha concedido trámite de audiencia al reclamante conforme los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

No se ha aportado informe del Servicio de Inspección Médica, si bien y sin dejar de mencionar el beneficio que la existencia de dicho informe tiene en estos expedientes de responsabilidad patrimonial, al tener carácter facultativo habida cuenta de la fecha de la reclamación (4 de julio de 2007), anterior a la Orden 317/2013, de 6 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen los criterios de actuación en materia de inspección sanitaria y se aprueba el Plan Integral de Inspección de Sanidad de la Comunidad de Madrid para el período 2013 a 2015, su omisión no supone una irregularidad invalidante-.

TERCERA.- Entrando ya a analizar el fondo de la pretensión que formula el reclamante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

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) Ausencia de fuerza mayor.

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

Igualmente, recoge dicha Sentencia que:

“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “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”.

CUARTA.- En cuanto al daño cuyo resarcimiento se pretende, del escrito de reclamación se deduce que el interesado solicita: la cantidad de 200 € en concepto de gastos por la prueba que se realizó en un centro privado, y por otra parte lo que considera aunque no determina, daños morales, físicos y psicológicos por la espera para solucionar su dolencia.

En todo caso, y para su apreciación a estos efectos, hay que tener en cuenta que no obstante la posible existencia de un daño cuando las reclamaciones indemnizatorias deducidas a instancia de los particulares traigan causa de una actuación médica o sanitaria, no basta con la concurrencia de una lesión efectiva, individualizada y evaluable, causada a un particular, que tenga origen en el funcionamiento del servicio público sanitario. En tales casos, más allá del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, se hace necesario acudir al criterio de la *lex artis* como pauta determinante de la existencia de responsabilidad patrimonial: *“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).

En cuanto a los gastos derivados de la asistencia en la sanidad privada, que acredita mediante factura al efecto, ya hemos expuesto en otras ocasiones (209/09, 2/11 ó 617/11) 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).

En el caso que nos ocupa, en la consulta de 15 de junio de 2007 al reclamante se le dio cita para la realización de una RNM el 1 de octubre. Por considerar excesivo el tiempo de espera, el interesado se realizó la prueba en la sanidad privada, que evidenció la meniscopatía que igualmente se confirmó en la consulta posterior de 3 de julio.

Tal circunstancia evidencia un error de diagnóstico, que de no haber mediado, hubiera permitido la petición de la prueba con carácter urgente, lo que justifica la estimación de la solicitud de reembolso del gasto que reclama el interesado, que admite la Administración consultante apreciando un tiempo de espera excesivo entre la primera consulta y la fecha que se dio para la realización de la prueba diagnóstica.

Aun cuando la posible contradicción entre el diagnóstico a que se llegue en el servicio público sanitario y el que se deriva de las pruebas que un interesado se realiza en la sanidad privada no siempre da lugar a apreciar un error de diagnóstico indemnizable, se dan en el presente caso diversas circunstancias que fundamentan su concurrencia. Así, ya en la consulta de 15 de junio de 2007 se evidencia que se tenía al menos sospecha de una lesión de rodilla al dar cita para la realización de la RNM. La importancia de la lesión se pone de manifiesto en el adelanto de la cita siguiente a la consulta de 3 de julio, que, prevista para el 8 de agosto, se adelanta al 11 de julio a la vista del resultado de la RNM, y la cirugía se lleva a cabo, sin mayor dilación, el 30 de agosto. Por otra parte el servicio causante del daño nada aduce para justificar su decisión de no pedir la prueba con carácter urgente o cuando menos preferente, contrastando con la premura con la que aborda la atención al reclamante, ante la situación clínica que ponía de manifiesto la resonancia realizada en la medicina privada.

En otro orden de cosas sin embargo, no cabe estimar como indemnizable lo que el reclamante considera *“daños morales, físicos y psicológicos causados por la espera para una solución de su problema de salud”*. De la documentación aportada al expediente, no podemos deducir que haya existido algún daño de tal carácter.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que si bien el interesado expresa que fue atendido en el Servicio de Urgencias el 20 de mayo de 2007 *“por un dolor en la rodilla que le impedía andar”*, lo cierto es que no consta ninguna asistencia sanitaria al respecto. Solamente figura como antecedente (folio 17), que el 22 de mayo acudió a su centro de salud por *“dolor rodilla músculo esquelético. NC. (normocoloreado).”*

De este modo, la secuencia temporal que se refleja en la documentación clínica que consta en el expediente parte de la precitada consulta el 22 de

mayo en el centro de salud, y posteriormente consulta de traumatología el 15 de junio, 3 y 11 de julio, con la realización de la cirugía el 30 de agosto.

Aún cuando la celeridad en el tratamiento de la meniscopatía fue provocada precisamente por la prueba diagnóstica que aportó el reclamante, no podemos concluir que entre, al menos, la primera consulta en el especialista el 15 de junio, y la realización de la intervención quirúrgica el 30 de agosto, transcurriera un tiempo excesivo cuya consecuencia fuera la estimación de la existencia de un daño indemnizable.

Sirva a título enunciativo (dado que los hechos que nos ocupan son previos a su entrada en vigor), que el Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (B.O.E. 29 de agosto) establece en 180 días el período de espera máximo para ciertas intervenciones (prótesis de cadera y de rodilla entre otras, aún cuando no se contemplan las patologías de menisco), o que el tiempo medio de espera para una cirugía de traumatología es, con datos de 31 de diciembre de 2012, de 122 días (según el sistema de información de listas de espera del Ministerio del Sistema Nacional de Salud, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad).

Por último, tampoco se acredita, ni se alega, que el tiempo de espera para la realización de la intervención haya agravado de algún modo la dolencia que padecía el reclamante, ni tan siquiera se aportan los justificantes de baja laboral a que alude en su escrito.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación por responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, e indemnizar al reclamante en la cantidad de 200 €.

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, 30 de octubre de 2013