



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de septiembre de 2018, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 6 de septiembre de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Servicio de Traumatología en el Centro hhh1 de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite en esa misma fecha se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 404/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Ramos Antón.

Primero.- El 26 de febrero de 2016 D. xxxx, de 19 años de edad en el momento de los hechos, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a un error de diagnóstico de una lesión de menisco, por lo que acudió a la medicina privada.

En su escrito expone que el 14 de julio de 2015 fue operado de rotura de ligamento cruzado anterior de la rodilla derecha, rotura periférica del asta posterior del menisco interno y rotura compleja del menisco externo en el Hospital hhh2 de xxxx2. Con anterioridad fue atendido en la Seguridad Social en el Centro hhh1 de xxxx1 y el traumatólogo que le vio le mandó hacer una resonancia de la rodilla en el Centro hhh3 el 17 de mayo de 2015. El diagnóstico del traumatólogo, a la vista del resultado de la resonancia, es que no tenía nada. Ante la persistencia de los dolores acudió a la Clínica Traumatológica de Valladolid desde la que le remitieron a la Clínica Q Diagnóstica, en la que le hicieron otra resonancia cuyo diagnóstico fue totalmente diferente.

Adjunta a su reclamación copias de los informes de la asistencia sanitaria recibida, de las dos resonancias magnéticas, de la factura pagada al Centro de Diagnóstico Campo Grande S.L. por la realización de la resonancia magnética por importe de 240 euros, de la factura pagada a la Clínica Traumatológica de Valladolid por importe de 6.035,80 euros y de la factura por la intervención quirúrgica en el Hospital Recoletas Campo Grande de Valladolid por importe de 2.423,37.

Solicita que se le indemnice por la cuantía de los gastos que ha tenido que soportar a consecuencia del error de diagnóstico, que ascienden a 8.699,17 euros.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica del paciente, informes del doctor especialista del Servicio de Traumatología, informe médico pericial elaborado a instancia de la compañía aseguradora Mapfre e informe de la Inspección Médica de 15 de abril de 2016, en el que se concluye que "Después de haber analizado la actuación médica prestada a D. (...) según los informes de los médicos que lo han atendido y que figuran en la Historia Clínica, consultada la bibliografía con validez científica se han utilizado adecuadamente los medios diagnósticos y terapéuticos disponibles. Por tanto la actuación sanitaria ha sido correcta y se ha actuado según la *lex artis ad hoc*".

Tercero.- Obra en el expediente escrito de 1 de diciembre de 2016, del Jefe de Servicio de Inspección, en el que comunica que no procede acceder a la solicitud indemnizatoria planteada en la reclamación.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia al interesado, éste no presenta alegaciones.

Quinto.- El 1 de agosto de 2018 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación, al no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público.

Sexto.- El 17 de agosto de 2018 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente dicha propuesta.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, ambas normas aplicables *ratione temporis* al presente procedimiento.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (26 de febrero de 2016) hasta que se formula la propuesta de orden (1 de agosto de 2018). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León,

que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en el reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Consta que se formuló el 26 de febrero de 2016, es decir, antes de transcurrir un año desde que se le realizó la intervención quirúrgica en el centro privado, que tuvo lugar el 14 de julio de 2015.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos".

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquel que pueda producirse.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que están, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

La dificultad de prueba del nexo causal en procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que hay multiplicidad de causas y causantes de los daños, se acrecienta cuando se trata de lo que la doctrina denomina "daños pasivos", o daños que no son consecuencia de una acción directa del facultativo, sino que son debidos a errores de diagnóstico u omisiones de la Administración Sanitaria o del tratamiento, que privan al paciente de cuidados médicos necesarios en el tiempo adecuado.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual "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, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida".

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, hay que valorar si la asistencia prestada al paciente por los servicios públicos de salud resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis*, ya que éste alega que se vio abocado a acudir a la medicina privada tras el error de diagnóstico de su patología en la sanidad pública, motivo de su pretensión indemnizatoria.

El 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 dispone en su artículo 4.3: "La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en

situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”.

Lo que persigue el reclamante es el reintegro de los gastos médicos satisfechos por la realización de la resonancia magnética, el ingreso y la intervención quirúrgica practicada en la clínica privada, que, sin embargo, no pueden ser objeto de reintegro con base en dicho concepto, pues no existe una urgencia vital y tampoco el acudir a la medicina privada era la única alternativa de curación con la que contaba el paciente ante una falta de diligencia de la sanidad pública.

El concepto de urgencia vital no está relacionado únicamente con la noción de peligro de muerte, sino con la pérdida funcional de un órgano que impida al que sufre el daño valerse por sí mismo para todos los actos de la vida cotidiana de una manera definitiva, por lo que precisa necesaria e irremediamente de la asistencia de otra persona.

En el presente caso, como se ha expuesto, no existe esa urgencia vital, puesto que no se ha acreditado que las dolencias sufridas fueran irreversibles y de una gravedad tan extraordinaria que le impidiesen valerse por sí mismo. Tampoco existe una derivación por parte de los facultativos del Sistema Nacional de Salud a la sanidad privada.

Para determinar si existe una responsabilidad de los servicios sanitarios, además de señalar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si el tratamiento que recibió el paciente era el adecuado a la patología que presentaba.

El informe del doctor especialista del Servicio de Traumatología que trató al paciente y le indicó la realización de una resonancia magnética en la sanidad pública, señala que le comentó los hallazgos de ésta y las posibilidades

terapéuticas del cuadro patológico, cirugía que el paciente rechazó, pues en ese momento no quería intervención quirúrgica porque entonces no le molestaba la rodilla y prefería observación. Se quedó en consulta que volvería si empeoraba y no consta que lo hiciera. Si en su día hubiera aceptado la intervención quirúrgica la situación podría haber sido diferente, pues en la cirugía podrían haberse objetivado sus lesiones y se hubiera podido proceder a dar una solución. Asimismo, cabe la duda sobre lo que pueda haber ocurrido en la rodilla de este paciente desde que se vio en el centro sanitario público hasta que se le practicó la resonancia magnética y la cirugía en otro centro (más de dos meses).

El informe de la Inspección Médica de 15 de abril de 2016, a la vista de la reclamación efectuada y de las actuaciones a las que fue sometido el paciente en la sanidad pública, manifiesta que en ningún momento se ha puesto en tela de juicio que el diagnóstico y el tratamiento del paciente no se hubieran establecido correctamente en la sanidad pública. Tanto la sintomatología que presentaba el paciente cuando acudió a la consulta en el Servicio de Traumatología del sistema público de Salud el 20 de abril de 2015, como la exploración clínica, no concuerdan en absoluto con la lesión de la que posteriormente se ha intervenido al reclamante.

El 20 de abril el traumatólogo sospechó de una lesión condral interna por lo que decide pedir una resonancia magnética para completar el diagnóstico, que tuvo lugar el 7 de mayo, la cual confirmó la integridad de la lesión condral interna y la sospecha de una lesión en el menisco externo. El 18 de mayo se le ofrece al paciente la posibilidad de realizar una artroscopia que regularice el menisco afectado, pero rechaza la cirugía por ausencia de clínica en esos momentos. Desde esa fecha, hasta que es intervenido de la ligamentoplastia, se desconoce si ha acontecido algún hecho que ha provocado la lesión del ligamento cruzado anterior y de los meniscos de los que se ha operado. Acuerdan el traumatólogo y el paciente volver a consulta si empeora, pero el reclamante no vuelve a consulta hasta el 10 de noviembre de 2015 por una fractura de clavícula (patología diferente a la que nos ocupa).

Asimismo, el informe médico-pericial emitido por el perito de la compañía aseguradora Mapfre, tras analizar la historia clínica del paciente y la asistencia sanitaria que le fue dispensada en la sanidad pública, manifiesta que la asistencia prestada se considera acorde a la *lex artis* y que la rotura total del

ligamento cruzado anterior pudo producirse con posterioridad a esa asistencia. En sus conclusiones señala:

“3.- La RM realizada el 07/05/15, informó de lesión del menisco externo, con quiste meniscal asociado. Se le ofreció la opción de realizar una artroscopia, pero el paciente la rechazó por encontrarse bien en ese momento.

»4.- Casi dos meses más tarde acudió a un traumatólogo privado en Valladolid, quien tras realizar una nueva RM (08/07/15) diagnosticó una rotura de LCA, además de la ya conocida rotura del menisco externo, proponiendo tratamiento quirúrgico, que fue aceptado por el paciente, operación que se realizó el 14/07/15, mediante correcta técnica”.

Por todo lo expuesto y de conformidad con los documentos obrantes en el expediente, se considera que las actuaciones llevadas a cabo en la sanidad pública fueron realizadas conforme a la *lex artis* y a la patología que presentaba el paciente, por lo que no se produjo un funcionamiento anormal o deficiente del Servicio Público Sanitario, conclusión que no resulta desvirtuada por informe pericial alguno.

El paciente optó libremente por ser operado en régimen privado, cuando, al no tratarse de patología urgente, podía haber regresado para nueva valoración por los traumatólogos del sistema público de salud, quienes habrían realizado el mismo tipo de intervención, por lo que en ningún momento puede hablarse de asistencia deficiente. Tampoco puede justificarse la asistencia privada por una desatención o error de diagnóstico del servicio público sanitario.

Tal y como mantiene la jurisprudencia, en nuestro sistema sanitario no existe derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, posibilidad que tiene carácter excepcional, y el beneficiario tiene que justificarla ante los tribunales, quienes deben proceder con criterio cauteloso para evitar conceder el reintegro de unas cantidades devengadas por cuidados médicos que podrían haberse prestado en instituciones del Sistema Público de Salud, que disponen de medios técnicos y humanos cualificados.

En conclusión, debido a la ausencia de relación causal entre los daños alegados por la reclamante y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, la reclamación debe desestimarse.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. Carlos González Hernández, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Servicio de Traumatología el Centro de Especialidades de Aranda de Duero (Burgos).

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.