

Dictamen n.º: **296/24**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **23.05.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 23 de mayo de 2024, sobre la consulta formulada por la consejera 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. por los daños y perjuicios derivados de la falta de tratamiento quirúrgico de una estenosis foraminal por los hospitales Gregorio Marañón e Infanta Leonor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito de reclamación formulado el 30 de agosto de 2022 por la persona indicada en el encabezamiento por la falta de tratamiento quirúrgico de sus dolencias de espalda, que le incapacitaban para realizar las tareas de la vida cotidiana.

En concreto, refiere la reclamante que, desde hace quince años sufre de dolores de espalda, habiendo sido tratada en los hospitales Gregorio Marañón (HGM) e Infanta Leonor (HIL). Expone que, el 4 de octubre de 2019 fue diagnosticada en el HGM de espondiloartrosis cervical y protusión discal izquierda, indicándole que era muy difícil

solucionarlo quirúrgicamente. Posteriormente fue tratada en el HIS ante la irradiación del dolor hacia el estómago y pérdida de fuerza en las piernas, siéndole realizadas diversas pruebas, manifestándole en julio de 2021 que persisten cambios degenerativos discales con estenosis foraminal derecha L2-L4 y estenosis foraminal izquierda L5-S1. Desde esa fecha dice estar en lista de espera para la consulta de Neurocirugía, habiendo decidido pedir una segunda opinión en la sanidad privada donde, finalmente, es operada con resultados satisfactorios. Concluye la reclamación solicitando 100.000 euros.

La reclamación se acompaña de informe de un neurocirujano en el que se recoge una operación realizada el 19 de mayo de 2022, informes asistenciales del HIL, y facturas médicas y de fisioterapia.

SEGUNDO.- Presentada la reclamación e incoado el procedimiento, se solicitaron las historias clínicas al HGM y HIL, de las que cabe extraer los siguientes datos de interés:

La reclamante, nacida en 1954, presenta como antecedentes médicos: intolerancia a morfínicos, dislipemia, arritmia, fibromialgia, artralgias múltiples, artropatía degenerativa, discopatía lumbar, hipotiroidismo y síndrome ansioso-depresivo.

El 17 de mayo de 2018 es derivada a consultas externas de Traumatología del HGM desde el HIL por dolor lumbar de años de evolución con irradiación por pierna derecha (MID) territorio de raíz L5 hasta el pie y de L4 y L3. Se anota clínica de claudicación. Se realiza resonancia magnética, apreciándose escoliosis lumbar de convexidad izquierda, cambios degenerativos en columna, siendo el juicio clínico estenosis foraminal L3-L4 y L4-L5, menor L2-L3. Se anota que la paciente no tiene ninguna intención de operarse, indicándose tratamiento no quirúrgico.

En septiembre de 2017, tras bloqueo nervioso presenta ausencia de síntomas de 2 meses, pero vuelve a presentar clínica similar. Se encuentra pendiente de nuevo bloqueo facetario en noviembre 2017. Se solicita revisión con RM Lumbar.

El 24 de noviembre se realiza RM, recogándose en el informe: espondilosis lumbar de predominio L2-L4 asociada a raquiostenosis, escoliosis lumbar de convexidad izda.

Tras infiltración muscular de cuadrado lumbares con botox controla el dolor con analgesia habitual. Revisión en 6 meses.

Acude a revisión en mayo del 2018 presentando dolor de predominio lumbar controlado con analgesia oral. Se anota revisión en un año.

El 13 de marzo de 2019 acude a consulta no programada por aparición de clínica dolorosa e incapacitante, de rápida evolución, en territorio nervioso lumbar y cervical. Se indica RM cervical que se realiza en abril apreciándose: espondiloartrosis cervical. Protrusión discal paracentral izquierda C6-C7.

En mayo se realiza eletromiograma de miembro inferior izquierdo, presentado denervación crónica leve en territorio S1 derecho.

Acude a consulta el 4 de octubre de ese mismo año 2019, recogándose dolor predominante cervical y generalizado. Se descarta indicación quirúrgica por mal balance riesgo-beneficio. Se anota que el dolor de uncoartrosis es difícil de solucionar quirúrgicamente. Se recomienda valoración en Unidad del Dolor y Fisioterapia.

El 9 de junio de 2020 se recoge en consulta: *sin grandes cambios respecto al dolor.*

El 25 de noviembre de 2020 se aprecia empeoramiento de cervicalgia con irradiación a cráneo, movilidad dolorosa sin alteraciones neurovasculares en miembros. Se solicita RX cervical y lumbar.

El 29 de diciembre se anota como juicio diagnóstico espondilomatosis generalizada de columna cervical y lumbar y escoliosis lumbar, se encuentra muy sintomática, y se le propone rehabilitación y refiere que por cambio de domicilio quiere tramitarla cerca de su domicilio.

No acude a más consultas en el HGM.

En el HIS es valorada por el Servicio de Aparato Digestivo por dolor en abdomen y el 16 de marzo de 2022 acude a consulta de Traumatología con resultados de RM realizada el 18 de febrero anterior, en la que se informa persistencia de cambios degenerativos discales con estenosis foraminal derecha en L2 a L4 y estenosis foraminal izquierda en L5 a S1. Se indica rehabilitación ante la persistencia de dolor lumbar irradiados a ambas piernas y tratamiento con analgesia. Si no mejora se indica remisión a Unidad de columna. Indica de nuevo, cambio de domicilio y deseo de realización y seguimiento en su nuevo sitio.

No consta que acuda a realizar rehabilitación ni solicita nuevas citas.

En informe aportado por la reclamante se hace constar que se realiza laminectomía L4-L5 en un centro sanitario privado el 19 de mayo de 2022.

TERCERO.- Junto con la historia clínica del HIL se incluye informe del jefe del Servicio de Traumatología de ese centro, fechado el 12 de septiembre de 2022, en el que se expone. *“la indicación quirúrgica realizada por el centro privado debe entenderse en ese momento concreto*

que se toma la decisión quirúrgica probablemente motivado por una ausencia de respuesta a este escalón terapéutico mundialmente consensuado y por tanto creemos que ha sido adecuada su realización, pero en modo alguno el hecho de que la clínica haya llevado a una intervención establece ningún criterio de gravedad o relación entre las actuaciones del hospital y el devenir clínico”.

Posteriormente, consta incorporado al expediente un informe por la Inspección Médica fechado el 14 de septiembre de 2023, en el que se concluye: *“puesto que en última valoración se indica tratamiento de rehabilitación y la paciente solicita derivación por cambio de domicilio, sin seguimiento posterior, no sabemos si en el sistema público se le habría indicado la técnica recibida en sanidad privada.*

El acceso a la sanidad privada es un derecho como ciudadano que puede ejercer en cualquier momento.

La atención recibida por sistema público considero se ajusta a Lex Artis”.

Otorgado trámite de audiencia a la reclamante por plazo de quince días, el 22 de diciembre de 2023 presentó alegaciones reiterando su reclamación y limitando la cuantía reclamada a un total de 60.000 euros, correspondiendo 31.502,33 euros a gastos de la sanidad privada, cuyas facturas aporta.

Finalmente, el 8 de abril de 2024 se formula propuesta de resolución por la viceconsejera de Sanidad, en la que concluye desestimando la reclamación, al considerar que no concurren los presupuestos para la declaración de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- El 16 de abril de 2024 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la preceptiva

solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 23 de mayo de 2024.

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 superior a 15.000 euros, y a solicitud 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).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC.

La reclamante ostenta legitimación activa para instar el procedimiento de responsabilidad patrimonial por el daño que considera derivado de la asistencia recibida en su patología de columna.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, en tanto que la asistencia sanitaria que se reprocha es de dos centros hospitalarios de su titularidad.

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. (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, la asistencia reprochada se concreta en la falta de tratamiento quirúrgico que finalmente se realizó el 19 de mayo de 2022, por lo que, la reclamación presentada en agosto de ese mismo año no sería extemporánea.

Respecto al procedimiento seguido, se ha solicitado y emitido el informe preceptivo previsto en el artículo 81.1 LPAC, esto es, los servicios cuya actuación es objeto de reproche. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica, tras lo cual se ha dado audiencia a la reclamante, quien ha hecho uso de su derecho a formular alegaciones, según consta en los antecedentes.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, 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 adelante, LRJSP) en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que “es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”.

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

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las 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”.

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) 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”.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones.

QUINTA.- Entrando a analizar el caso concreto, es preciso determinar si existe un daño efectivo como presupuesto necesario para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

En este caso, el daño por el que se reclama está constituido por los gastos correspondientes a la sanidad privada a la que la reclamante dice haber tenido que acudir por la falta de tratamiento en la sanidad pública, y las dolencias sufridas por la demora en el tratamiento efectivo.

No obstante, como hemos expuesto, la existencia de un daño no es suficiente para declarar la existencia de responsabilidad, por lo que ha de analizarse si concurren los demás requisitos necesarios para apreciarla, en concreto las referidas relaciones de causalidad y antijuridicidad del daño.

Como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 8 de abril de 2022 (rec. 1079/22), la carga de la prueba del nexo causal y la antijuridicidad corresponde a quien reclama y, en materia de responsabilidad sanitaria dice la Sala: *“resulta necesario acudir a los informes técnicos que suministran los conocimientos necesarios, de carácter técnico-médico, para resolver las cuestiones*

debatidas. Y, también es sabido que las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y los tribunales carecen de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados. 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”.

En el presente supuesto, la reclamante sustenta su reclamación en el informe de un neurocirujano privado que le recomendó y realizó una laminectomía de L4-L5 en mayo de 2022, y que la reclamante califica de satisfactoria.

No obstante, ese informe en absoluto sirve para valorar la asistencia prestada durante años en los centros públicos, máxime si tenemos en cuenta que la reclamante tiene una espondilioartrosis generalizada de carácter degenerativo y evolutivo, a la que correspondía, no solo el dolor lumbar por la estenosis del canal lumbar L4-L5, por la que ha sido tratada en la sanidad privada, sino que también presentaba cervicalgia, que era predominante en muchos momentos.

Por otra parte, como dice el propio informe del neurocirujano privado, su recomendación de intervención es por el reciente empeoramiento y ante el fracaso del tratamiento conservador, lo que en absoluto implica que previamente estuviera indicada una cirugía, que conlleva importantes riesgos, sin optar por otros tratamientos no invasivos.

Así, según refiere la inspectora médica, en las guías de tratamiento de espondilopatía crónica, primero se indica realización de fisioterapia y resto de tratamientos no quirúrgicos antes de llegar a esa indicación salvo criterios de gravedad sobrevenida.

El informe del jefe del Servicio de Traumatología del HIL también señala: *“la indicación quirúrgica realizada por el centro privado debe entenderse en ese momento concreto que se toma la decisión quirúrgica, probablemente motivado por una ausencia de respuesta a este escalón terapéutico mundialmente consensuado y por tanto creemos que ha sido adecuada su realización, pero en modo alguno el hecho de que la clínica haya llevado a una intervención establece ningún criterio de gravedad o relación entre las actuaciones del hospital y el devenir clínico”*.

Hay que reseñar que la alternativa quirúrgica fue valorada en dos ocasiones por los facultativos del sistema público, la primera sobre zona lumbar en 2017 en la que la paciente la rechaza, y la segunda, en diciembre de 2019, sobre columna cervical, que no se aconseja por mal balance riesgo-beneficio.

Por tanto, la recomendación de un cirujano privado, ante un reciente empeoramiento y fracaso de tratamiento conservador, de realizar una cirugía sobre un elemento concreto de la patología generalizada de columna, no implica en absoluto una dejación de medios terapéuticos ni mala praxis en el seguimiento constante de las distintas dolencias de columna, en los que hubo periodos de buena evolución con tratamientos no invasivos y carentes de riesgos relevantes.

Lo anteriormente expuesto nos lleva ineludiblemente a rechazar la procedencia de cualquier daño físico atribuible a las decisiones terapéuticas adoptadas en el servicio público sanitario.

Tampoco puede prosperar la pretensión de que le sean abonados los gastos correspondientes a su decisión de acudir a la sanidad privada en tanto se produjo un abandono voluntario del sistema público.

En efecto, al margen de los supuestos de urgencia vital previstos en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, y como se viene recordando por esta Comisión Jurídica Asesora (vgr. 457/19, de 7 de noviembre; 153/21, de 6 de abril; 238/21, de 18 de mayo; entre otros), 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 de la reclamante, en la última consulta a la que acudió en el sistema público se le pautó tratamiento rehabilitador y, en caso de no mejoría, cita en la Unidad de Columna; sin embargo, de la documentación aportada por la propia reclamante se deduce que acudió meses después a un centro privado donde refirió el agravamiento y la falta de resultados del tratamiento conservador, pero sin que haya constancia alguna de seguir el tratamiento rehabilitador prescrito ni acudir al Servicio de Traumatología que le venía tratando refiriendo el empeoramiento de la sintomatología. Estamos, por tanto, ante una libre y voluntaria decisión de continuar su seguimiento en la

sanidad privada pero que no justifica la repetición de sus costes al sistema público.

Por último, refiere la reclamante en sus alegaciones formuladas en el trámite de audiencia que, en abril de 2022 se le incluyó en lista espera, dato que no consta en la historia clínica ni se aporta ningún documento que lo refiera. En todo caso, ese hecho pondría de manifiesto, más si cabe, la improcedencia del reintegro de los gastos, en tanto implicaría que, ante la evolución de la patológica en la zona lumbar, se prescribió la cirugía por el propio sistema público, siendo una decisión de la reclamante ser intervenida en un centro privado en el mes siguiente a esa inclusión. Así, la existencia de una lista de espera ni implica un daño antijurídico en tanto que, como se viene reiterando por la jurisprudencia, para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de unos medios materiales y humanos limitados, con los que tiene que atender a una multiplicidad de beneficiarios, estando la lista de espera recogida en el artículo 16 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad para la gestión de la atención siguiendo criterios de igualdad .

Lo expuesto nos debe llevar a excluir la existencia de daño antijurídico alguno atribuible a los servicios sanitarios públicos.

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no apreciarse daño antijurídico atribuible al servicio sanitario público.

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 23 de mayo de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 296/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid