



## ANTECEDENTES

**PRIMERO.**- Los reclamantes, esposo e hijos de D. M. T. L. L., ya fallecida, solicitan una indemnización de 10.707,59 euros correspondientes al total de los gastos soportados por la perjudicada, que se desplazó a un centro privado en Madrid, donde fue intervenida quirúrgicamente, gasto que consideran necesario a la vista del error de diagnóstico del Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de La Arrixaca, cuyo facultativo no detectó una fractura de cadera que sí diagnosticaron unas horas después en el Hospital Morales Meseguer. Señalan los reclamantes que D. M. T. L. L. acudió el día 30 de noviembre de 2002 (por error señalan el año 2003) al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de La Arrixaca aquejada de gran dolor en la cadera derecha provocado por una caída casual. Una vez asistida se le diagnosticó coxalgia postraumática y fue remitida a su domicilio, prescribiéndosele reposo, *Myolastán*, *Neobrufen*, *Gelocatil* y control por el traumatólogo de zona. En el informe emitido por el Hospital citado a las 00:12 horas se recogía, a la exploración radiológica, la no apreciación de signos de fractura ni luxación. El mismo día 30 de noviembre, ante la persistencia de la impotencia funcional y la sintomatología dolorosa de la paciente, decidieron acudir a urgencias del Hospital Morales Meseguer a fin de que se confirmara el diagnóstico o, en su caso, se emitiera uno nuevo, siendo trasladada en ambulancia desde su domicilio en Alcantarilla. Tras la exploración correspondiente y observación de la misma radiografía efectuada en el anterior hospital, se diagnosticó fractura de cadera derecha, siendo remitida, a las 16:25 horas, al Servicio de referencia (Hospital Virgen de La Arrixaca) para ser intervenida quirúrgicamente.

Ante el que califica grave error diagnóstico del facultativo del Hospital de La Arrixaca, y ante la, según dicen, imposibilidad de ser intervenida de urgencias en el Hospital Morales Meseguer, deciden trasladar a la paciente a Madrid, a fin de conocer el alcance de la necesidad urgente de ser intervenida, dirigiéndose a la C. C.. El traslado debió hacerse en ambulancia, saliendo de su domicilio el mismo día 30 por la noche, llegando al centro médico en la madrugada del día 1 de diciembre. Una vez en él se confirmó el diagnóstico de fractura de cadera derecha y, ante el estado y patologías previas de la paciente, se le prescribió la inmediata intervención, por lo que, tras la realización de las pruebas del preoperatorio, fue seguidamente intervenida el día 2 de diciembre por el Dr. G., del Servicio de Traumatología.

Finalizan destacando que, la falta de asistencia puntual por dos centros médicos del Servicio Murciano de Salud, el primero en el que se yerra de manera flagrante el diagnóstico, y el segundo en el que no puede ser intervenida, provoca la necesidad de acudir a un centro privado de su confianza para ser asistida.

**SEGUNDO.**- Admitida a trámite la reclamación, comunicada la misma a la compañía de seguros correspondiente, incorporada al expediente la historia médica, y solicitados y emitidos los informes de los facultativos y de la Inspección Médica, resulta lo siguiente:

1) En el informe de asistencia en Urgencias de Traumatología del Hospital General, servicio localizado en ese momento en el Hospital Virgen de La Arrixaca, del día 30 de noviembre de 2002 a las 00:12 horas, se refleja que el juicio diagnóstico fue de coxalgia post-traumática

indicando reposo, relajantes, antiinflamatorios y antiálgicos.

2) En el informe de asistencia en Urgencias del Hospital Morales Meseguer del día 30 de noviembre de 2002 a las 16:25 horas, el juicio clínico fue de fractura de cadera derecha, indicándose anticoagulación y remitiendo a la paciente al Servicio de referencia para valoración quirúrgica.

3) Informe de la C. C., de Madrid, donde consta que la paciente ingresó el día 1 de diciembre de 2002 con fractura de cadera derecha basicervical, siendo intervenida quirúrgicamente el día 2 de diciembre de 2002, colocándosele una placa y tornillos, permaneciendo ingresada hasta el día 8 de diciembre de 2002, fecha en que se le da el alta hospitalaria; se le prescribió tratamiento con *Clexane* cada 24 horas, *Tardyferon*, analgesia si precisara, controlar la temperatura, hacer isométricos y comenzar con tratamiento rehabilitador. Posteriormente acude a revisión post-quirúrgica los días 16 de diciembre de 2002 y 27 de enero de 2003, mostrando buena evolución. Según refieren en el informe, en el mes de junio de 2003 envían una carta en la que hacen referencia a que evoluciona bien y que está siendo controlada por un neurólogo.

4) En el informe del Dr. R., traumatólogo, sobre la asistencia a la paciente en Urgencias del Hospital Morales Meseguer, se afirma lo siguiente: "*Paciente que sufrió traumatismo en cadera derecha por caída casual, presentando fractura de cadera que precisaba tratamiento quirúrgico.*"

5) Informe del Dr. C., traumatólogo, sobre la asistencia a la paciente en Urgencias del Hospital Virgen de La Arrixaca: "*Es frecuente que fracturas no desplazadas de cabeza y cuello femoral, pasen desapercibidas en la primera radiografía de urgencias, es decir, no sean visibles; al cabo de una semana o diez días se ven fácilmente. Por ello ocurre que podemos ver a un paciente de urgencia, decirle que no tiene ninguna lesión ósea, y al persistir el dolor vuelve a consulta y una nueva radiografía confirma el diagnóstico. Si en el Hospital Morales Meseguer se consiguió hacer el diagnóstico correcto, nosotros no hubiéramos tenido ningún inconveniente en intervenirla de haber acudido de nuevo al Servicio.*"

6) La Inspección Médica destaca que del análisis de la documentación aportada se deduce que Doña M. T. fue asistida en Urgencias de dos hospitales del sistema público de salud tras una caída accidental el día 30 de noviembre de 2002. En el primero se apreció coxalgia postraumática y en el segundo fractura de cadera derecha, con una evaluación de 16 horas de diferencia.

Tras el diagnóstico de fractura se catalogó el caso como de urgencia diferida, remitiendo a la paciente al servicio de referencia para valoración quirúrgica. Según el informe de traumatología "*la paciente presentó una lesión considerada como urgencia diferida que precisa que la misma esté en las mejores condiciones de salud y necesitando por tanto un estudio preoperatorio adecuado.*" Y siguiendo un procedimiento protocolizado añade: "*Por otra parte, se decidió el traslado al servicio de referencia que es práctica habitual en estos casos.*"

Tras la decisión de la paciente de no seguir el tratamiento propuesto en los Centros del Servicio Murciano de Salud, después de la intervención quirúrgica en una Clínica de Madrid y según el informe aportado por el centro médico privado, la paciente se encontraba bien al alta y en sucesivas visitas de revisión post quirúrgica.

Finaliza la Inspección indicando que la decisión de traslado de la paciente a un centro privado fue un acto consecuencia de su libre elección personal y, en todo caso, no consta la documentación que justifique la solicitud para ser asistida en centros ajenos al sistema público. Según el artículo 5.3 del RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de asistencia sanitaria "*una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél*".

**TERCERO.-** Tras ser abierto período de prueba, los interesados propusieron el interrogatorio de testigos, con la siguiente respuesta de la Instructora:

- La testifical del Dr. R. se considera innecesaria porque informó por escrito en el expediente.
- La de T. S. L., E. M. G. y R. P. se estiman innecesarias porque al ser la primera reclamante y los segundos testigos de parte, su testimonio se limitará a ratificar lo expuesto por los reclamantes en su escrito de reclamación.
- La del Dr. G., de la clínica C., es conveniente reconducirla a informe pericial, que deberá ser aportado por los reclamantes.

**CUARTO.-** Finalizada la instrucción fue dada audiencia del expediente a los reclamantes, que no presentaron alegaciones, después de lo cual se formuló propuesta de resolución desestimatoria fundamentada en que, aunque se admita la existencia de error médico, ello no ha supuesto perjuicio para los reclamantes porque después se diagnosticó correctamente la lesión y se ofreció a la paciente el traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca para practicar allí la intervención quirúrgica; no se solicitó en el Servicio Murciano de Salud la concesión de asistencia sanitaria en centros ajenos, sino que la paciente excluyó ser intervenida en el centro público por iniciativa propia y sin concurrir la urgencia inmediata y vital señalada por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, ya que existía la posibilidad de ser atendida en el citado centro público.

**QUINTO.-** A continuación, se trasladó la propuesta de resolución, en unión de las actuaciones practicadas, a este Consejo Jurídico, solicitando la emisión de Dictamen preceptivo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

**SEGUNDA.-** Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.

Los reclamantes, en su condición de subrogados en los derechos y obligaciones de la perjudicada, están legitimados para interponer la presente reclamación, la cual se ha presentado el 27 de noviembre de 2003, dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues los presuntos efectos lesivos pueden considerarse producidos el 8 de diciembre de 2001, cuando está fechado el informe de alta hospitalaria en la clínica C. de Madrid.

En cuanto al procedimiento, si bien los hechos en que se fundamenta la reclamación no son objeto de controversia, sí es necesario expresar ciertas consideraciones sobre la prueba en el procedimiento administrativo, principalmente en cuanto a la de testigos. Los reclamantes propusieron la prueba testifical en el escrito de reclamación conforme a lo dispuesto en el artículo 6.1 RRP, sin que el órgano instructor la declarara no pertinente. Por ello, se dirige a los reclamantes para que propongan el nombre de los testigos de que pretenden valerse, presentando aquéllos la relación de los mismos.

Es a la vista de los testigos propuestos cuando el órgano instructor estima no pertinente la prueba testifical porque, en algunos casos, son los mismos reclamantes, y se limitarán a reafirmar las afirmaciones realizadas en el escrito de reclamación.

Conviene, antes de entrar en su concreta consideración, que destaquemos las siguientes características de la prueba en el procedimiento administrativo:

- Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y, por tanto, los previstos en el Código

Civil y en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que ha derogado los artículos 1.214, 1.215, 1.226 y 1.231 a 1.253 del primer cuerpo legal), según se expresa ya en la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 2002.

- El instructor sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias (artículo 80, apartados 1 y 3, LPAC y 9 RRP). La potestad que asiste al reclamante para interesar que se practiquen cuantas pruebas considere necesarias para acreditar los hechos en los que se funde la existencia de su derecho debe ser enjuiciada por el órgano instructor a la hora de su ejercicio, pero siempre teniendo en cuenta que la actividad instructora debe estar presidida por la nota de neutralidad o imparcialidad, como reflejo de la objetividad a que viene obligada la Administración por mandato del artículo 103 de la Constitución, pues como indicamos en nuestro Dictamen núm. 63/2004, "la labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamentalmente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la desarrolla, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos, circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo". También ha de tenerse en cuenta que se trata de un procedimiento iniciado a instancia de parte. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 30/1986, de 20 de febrero, sobre el juicio de pertinencia de la prueba, expresa:

*"Con respecto a ella cabe destacar que el artículo 24.2 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de "utilizar los medios de prueba pertinentes" en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación".*

Entrando a considerar el rechazo del órgano instructor a practicar la prueba testifical propuesta por los reclamantes, se considera una aplicación jurídica no aceptable, si atendemos a las siguientes razones procesales y sustantivas:

1<sup>a)</sup> En cuanto a D<sup>a</sup>. T. S. L., aunque se rechaza la práctica de la prueba testifical, en realidad se expresan unos motivos propios de la tacha, por su condición de reclamante, que han de valorarse en otro momento procesal (art. 376 LEC). En todo caso debe tenerse presente que el contexto de aplicación de las normas de la LEC sobre medios y práctica de prueba es la institución del procedimiento administrativo, en la cual, si es admisible que el instructor ostente la doble condición de parte reclamada y órgano decisario, no ha de descartarse, *a priori*, que la posición jurídica de parte reclamante pueda manifestarse a través de su intervención oral, a petición del órgano instructor o de los demás interesados (art. 301 LEC).

2<sup>a)</sup> En cuanto a E. M. G. y R. P., que no son reclamantes ni personal sanitario, al rechazar su comparecencia como testigos se está prejuzgando el alcance y valor de sus testimonios, incurriendo la instrucción en una apreciación preventiva que mal concuerda con el principio de neutralidad que debe presidir sus actuaciones y con las más esenciales reglas de la práctica procesal.

3<sup>a)</sup> En cuanto a los Dres. R. y G., si bien su carácter profesional puede inducir a apreciar que

su participación revestirá tal calidad, se trata de una mera presunción carente de eficacia enervante de la proposición realizada por los interesados y, en cualquier caso, pueden ser interrogados en torno a la información que ya aportaron al expediente (art. 347 LEC).

4<sup>a)</sup> En todo caso, dentro de los principios de flexibilidad y antiformalismo que caracterizan al procedimiento administrativo (Dictamen núm. 63/2004 del Consejo Jurídico), el artículo 80.2 LPAC obliga a la práctica de pruebas cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, habiendo señalado la doctrina que este segundo supuesto ha de referirse, básicamente (a salvo supuestos excepcionales), al caso de que sean los interesados los que contradigan los hechos alegados por la Administración y tal contradicción sea relevante para la resolución del asunto (Dictamen núm. 106/2004).

5<sup>a)</sup> Una vez practicadas, correspondería al órgano instructor valorar los resultados de la prueba y las tachas que a los testigos se formulen (artículos 316 y 376 LEC), puesto que en el procedimiento administrativo rige el principio de la libre valoración de la prueba por parte del órgano decisorio con sujeción a las reglas de la sana crítica.

No obstante, dada la naturaleza de la cuestión debatida, puede abordarse el análisis del fondo del asunto.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Bajo una pretensión indemnizatoria formalmente basada en la existencia de un error de diagnóstico, formulan en realidad los reclamantes una solicitud de reembolso de gastos médicos por ellos realizados fuera del sistema nacional de salud a causa de la imposibilidad de utilizar sus medios y ser de urgencia vital, prevista en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud. No obstante, el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria obliga a tramitar el procedimiento y dictar la resolución que en Derecho proceda.

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la "*lex artis ad hoc*", pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediables en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. A mayor abundamiento, la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 17 de mayo de 2004, señala que "pertenece a la naturaleza de las cosas el que el buen fin (de los actos terapéuticos) no siempre puede quedar asegurado".

Cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en un error de diagnóstico de los facultativos que atendieron al paciente, el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso, es decir, a los síntomas y evolución clínica del paciente. Como puede advertirse, los criterios bajo los que debe ser enjuiciada la actuación médica son de índole estrictamente técnica. Junto a ello, han de aparecer los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, particularmente el vínculo directo entre el daño y el servicio público que lo produce.

Para los reclamantes la causa del daño se encuentra en el error de diagnóstico sufrido en el Hospital Virgen de la Arrixaca y en la imposibilidad de intervenir a la paciente en ese mismo Hospital. Respecto a tales elementos fácticos debe decirse, en primer lugar, que el error de diagnóstico puede considerarse probado, si bien no es posible establecer relación de causalidad entre éste y los daños alegados, ya que el diagnóstico correcto se obtuvo con un margen de tiempo muy pequeño, 16 horas, plazo del que no cabe derivar efectos dañinos dada la urgencia diferida con la que fue calificada la operación, que permitiría efectuar un preoperatorio adecuado. El segundo hecho, la imposibilidad de intervención en el Hospital Virgen de la Arrixaca, no puede considerarse probado; en sentido contrario ha quedado acreditado que la práctica protocolizada es que las intervenciones quirúrgicas se realizan en el Hospital de referencia del paciente, con independencia del servicio de urgencias en el que se diagnosticase y, como afirma el Dr. C., se hubiese intervenido en dicho Hospital de haber acudido a él.

En ese estado de cosas, los gastos realizados responden, como indica la propuesta de resolución, a una decisión particular de los reclamantes, ya que el servicio público dispuso los medios suficientes para atender a la paciente en su necesidad de cirugía y, además, la situación se calificaba de urgencia diferida. Según el artículo 5.3 del Decreto 63/1995, de 20 de enero, *"en los 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"*. Está descartado que concurriese esa urgencia vital y que no fuera posible utilizar los medios públicos y, por tanto, tampoco la vía del reembolso puede merecer una conclusión favorable.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al no apreciarse relación de causalidad ni antijuridicidad.

No obstante, V.E. resolverá.