

Dictamen n^o: **389/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.07.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de julio de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f) 1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por P.S.B., en adelante “*la reclamante*”, sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por la asistencia sanitaria dispensada en el Centro de Salud Núñez Morgades.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante oficio de 25 de mayo de 2011, con registro de entrada el día 2 de junio siguiente, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 13 de julio de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, en formato cd, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

La reclamante presentó una reclamación el 28 de abril de 2006 en la que expone que fue diagnosticada y tratada erróneamente durante mas de dos meses por el médico de cabecera de la Seguridad Social, siendo diagnosticada y tratada de un cáncer de ovario en la sanidad privada, por lo que reclama que se le abonen 118,91 euros por el coste de un medicamento y 300.000 euros como indemnización por los daños y perjuicios.

Por oficio de 20 de diciembre de 2007 se requirió a la reclamante para que aclarase en que concepto reclama la cantidad de 300.000 euros.

Por escrito de 11 de enero de 2008 la reclamante manifiesta que lo reclama *"... por los daños, perjuicios, secuelas y el tiempo de demora que tuve que asumir, ya que en este tipo de enfermedades el tiempo es oro y se me podría haber operado con dos meses de anticipación. Además, si no es porque tengo contratado un seguro médico, jamás se me hubieran realizado las pruebas en un plazo de una semana y en quince días estar operada"*.

De la historia clínica obrante en el expediente cabe resaltar los siguientes hechos:

La reclamante acudió el 11 de enero de 2006 al Centro de Salud "*Núñez Morgades*" del Área 2 de Atención Primaria, siendo atendida donde se le diagnosticó de aerofagia, prescribiéndole Flatoril 0,5/200 mg (Pg 64).

Posteriormente acude de nuevo a la misma consulta el 09/02/2006 (folio 56) apreciándose mejoría relativa, pero de noche tiene muchos dolores, por lo que se le prescribe Cidine 1 mg y se especifica que "*Irás a Dig*".

En la historia clínica del citado Centro de Salud no constan más visitas efectuadas por la paciente hasta el día 31 de marzo de 2006 dónde consta que *"La han operado hace 5 días de Tumor ovárico maligno quimiosensible en Clínica B, va a empezar con QT el 7 de abril. Viene su marido a informarnos y por recetas, Prescripción Yatrox 8 mg,*

Primperan 10 mg y Nolotil 575 mg. Dice su marido que le han extirpado 2 ovarios, epiplon y apéndice” (folio 65).

De la documentación aportada por la reclamante se puede extraer el que el 1 de marzo de 2006 acude al Servicio de Urgencias de la Clínica A por presentar dolor en el tercio inferior del abdomen con irradiación a F. renal dcha. desde hace 30 días, practicándosele ecografía abdominal que informa de masa en Fosa ilíaca derecha (folio 24).

El informe ecográfico de 7 de marzo de 2006 pone de relieve que, a nivel pélvico y ocupando hemiabdomen inferior, aparece una masa de predominio quístico, polilobulada, con papilas. Ascitis libre. Sugestiva de neoplasia ovárica (folio 25).

Se realiza consulta de preanestesia, informándose la Rx de tórax de *"Pinzamiento del seno costodiagfragmático izquierdo"*, no evidenciándose nódulos ni infiltrados pulmonares (folio 26), el ECG de taquicardia sinusal (folio 32. El informe preanestésico la clasifica como ASA 2, firmando consentimiento y recomendando profilaxis antitrombótica y estudio hematológico (folio 27).

Es intervenida quirúrgicamente el 17 de marzo de 2006 en el Sanatorio B, donde se le realiza Laparotomía extirpando tumor ovárico derecho de unos 13 cm, tumor de ovario izquierdo de 6-7 cm, apendicectomía y omentectomía, con el juicio diagnóstico de cáncer de ovario, siendo dada de alta con fecha 22 de marzo de 2006 (folio 16).

En informe anatomopatológico de 21 de marzo de 2006 del Servicio de Anatomía Patológica y Citología del Sanatorio B se diagnostica *"Cistoadenocarcinoma seroso ovárico bilateral moderadamente diferenciado que infiltra todo el espesor de la pared. Implantes peritoneales y metástasis por la neoplasia en epiplon"* (folio 17).

La paciente es vista en consulta particular de Oncología del Dr. P.M., dónde le prescriben Yatrox 8 mg y Primperan (folio 18), adquiriendo el Yatrox en la farmacia C el 6 de abril de 2006 por un importe de 118 ,91 € (folio 18).

La receta de Yatrox 8 mg le fue prescrita asimismo en receta oficial de Enfermedad Común o accidente no laboral el 31 de marzo de 2006 por la Dra. J.M.G.P. (folio 19) pero al necesitar la autorización de Inspección Médica, según manifiesta la interesada acudió al Ambulatorio de Bravo Murillo donde se le negó el visado alegando que todo lo había hecho a través de la Sanidad Privada, informándosele de que podía pedir cita al oncólogo de la Seguridad Social para que le hiciera un informe, o enviar la factura del medicamento a la sede del Servicio Madrileño de Salud pero que *“esto último era absurdo porque no adelantaría nada”* (folio 14).

Con fecha 4 de mayo de 2006 a la paciente se le realiza por su médico de Atención Primaria interconsulta a Ginecología del Ambulatorio José Marvá para valorar la prescripción y facilitar el informe preciso (folio 21) siendo citada el 27 de octubre de 2006 (folio 23).

La paciente es vista en la consulta de un oncólogo privado el 7 de abril de 2006 dónde se le prescribe pauta de quimioterapia para ese día y para meses posteriores (folio 38) realizándose los controles analíticos pertinentes (folios 39 a 44).

El 9 de mayo de 2006 se le realiza un TAC tórax, abdomen y pelvis informándose que no existen signos de enfermedad pleural o mediastínica, pareciendo normal el tórax óseo.

El hígado parece normal sin evidencia de lesiones ocupantes de espacio, vía biliar, páncreas, bazo, riñones y glándulas adrenales parecen normales no identificándose adenopatías biliares o mediastínicas de tamaño significativo. Hay cambios postquirúrgicos de laparotomía media infraumbilical y la masa

pélvica ha desaparecido aunque es posible desde el punto de vista radiológico que exista resto tumoral (folio 45).

El informe ecográfico de 26 de junio de 2006 aporta un juicio diagnóstico de Probable mioma uterino, no visualizándose ascitis, hígado sin LOES, riñones normales (folio 46).

A la paciente se le realiza un informe preanestésico el 25 de julio de 2006 siendo clasificada como ASA 2 Y firmando consentimiento (folio 49) con las correspondientes analíticas y ECG informado de taquicardia sinusal (folio 50).

Es intervenida quirúrgicamente el 8 de junio de 2006 para revisión de cáncer de ovario, realizándose Laparotomía media infraumbilical encontrándose una pequeña tumoración en plica vesico-uterina de unos 1,5 - 2 cm adherida a vejiga y a la totalidad del grosor, por lo que no se extirpa. El resto es normal, siendo dada de alta el 22 de agosto de 2006 (folio 51).

El último informe aportado por la paciente corresponde a unos análisis clínicos realizados en la Clínica A el 7 de septiembre de 2006 dónde destacan los marcadores Ag Carcinoembrionario (CEA) y Antígeno CA-125 dentro de la normalidad (folio 61).

TERCERO.- Por los hechos expuestos en los antecedentes se ha instruido el pertinente expediente de responsabilidad patrimonial de conformidad con los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y con 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 (RPRP).

CUARTO.- Al expediente administrativo se ha incorporado el informe de la Inspección Médica con fecha 10 de marzo de 2006 en el que se indica

como conclusión que *“Del análisis de la documentación aportada no puede deducirse si la actuación del facultativo de At, Primaria, Dr. E.V.A.A. fue correcta o no ya que solo consta en la Historia Clínica como "Aerofagia. Tiene la boca mal y mastica poco", no constatándose ningún otro síntoma. Asimismo no consta informe de dicho facultativo por encontrarse en el momento de petición de dicho informe de baja laboral y posteriormente haberse trasladado a la Comunidad Autónoma de Murcia.*

No cabe duda de que la paciente fue diagnosticada e intervenida quirúrgicamente de Ca de ovario bilateral en la medicina privada, siendo sometida a tratamiento de quimioterapia y recetándosele Yatrox 8 mg para paliar los efectos secundarios de la misma.

Asimismo el visado preceptivo de dicha medicación le fue negado en la Inspección Médica del Área 5 en aplicación de la normativa vigente, al haber sido prescrito en la medicina privada.

Al ser derivada a la Consulta de Ginecología del CEP José Marvá del Área 5, la cita para dicha consulta se demoró 5 meses y medio, por lo que la paciente compra la medicación y solicita el reintegro del coste de la misma”.

El 5 de marzo de 2009 D presenta dictamen médico pericial firmado por un “*perito médico*” que no se identifica, en el que considera que la paciente no acudió a recibir asistencia medica en el servicio público de salud por decisión propia prefiriendo ser estudiada, intervenida y tratada a través de su póliza privada de salud. Indica que la normativa impide que los médicos del servicio publico de salud extiendan recetas de fármacos prescritos por profesionales ajenos al mismo por lo que la reclamante no puede exigir dicha prestación sin que, además, en la reclamación se concrete ningún daño que se corresponda con los 300.000 euros reclamados, estando la paciente, según los informes aportados, asintomática de su proceso oncológico.

Por ello concluye que no se dan las condiciones para reintegrar los gastos de farmacia exigidos ni existe un daño identificable.

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, fue conferido trámite de audiencia con fecha 20 de marzo de 2009 sin que conste que se hayan presentado alegaciones.

El 6 de abril de 2011, la Secretaria General del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución desestimatoria que fue informada por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el 13 de mayo de 2011 en el sentido de estimar la petición de devolución del gasto farmacéutico y desestimar la solicitud de 300.000 euros por pérdida de oportunidad.

CONSIDERACIONES EN 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 (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para reclamar en función de los daños supuestamente sufridos a raíz del proceso oncológico que padece.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación aplicable salvo el informe del Servicio al que se imputa el daño exigido por el artículo 10.1 RPRP.

El Dictamen 220/08, de 17 de diciembre de 2008 de este Consejo considera que *“Sin embargo, se considera que dicha omisión constituye una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, toda vez que con los informes que ya obran unidos, en los que se analiza cuidadosamente la Historia Clínica de la paciente, así como los informes médicos aportados por ella misma junto con su escrito de reclamación inicial, ya hay datos más que suficientes para emitir un juicio médico acerca de la corrección de la asistencia sanitaria dispensada y, en su caso, la supuesta relación de causa a efecto con los servicios públicos”*.

En este caso se señala como causa justificativa de la falta de informe el que el facultativo que trato a la reclamante no presta ya servicios en el Servicio Madrileño de Salud. Puesto que se ha incorporado al expediente la información existente en la historia clínica de la reclamante obrante en el Centro de Salud Núñez Morgades puede considerarse que existen los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Igualmente constan en el expediente el informe de la Inspección Médica y un informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad evacuado al amparo del artículo 4.3 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. Tratándose de daños físicos o psicológicos el plazo comienza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 de la LRJ-PAC). La presente reclamación se interpone el 28 de abril de 2006 habiendo sido la reclamante operada el día 17 de marzo de dicho

año y recetándosele el medicamento cuyo reembolso reclama el 31 de marzo de 2006 por lo que no puede sino concluirse que la reclamación esta presentada en plazo.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el Título X, Capítulo Primero y en la Disposición Adicional 12ª de la LRJ-PAC y en el RPRP. Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

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 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.

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 aunque es imprescindible que

exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

De acuerdo con las reglas de la carga de la prueba que en materia de responsabilidad patrimonial, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae sobre quienes la reclaman (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000–, entre otras).

Por lo que se refiere a las características del daño causado, este ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

QUINTA.- En la presente reclamación se plantean dos cuestiones distintas. En primer lugar una supuesta pérdida de oportunidad por cuanto la reclamante no fue diagnosticada en las dos ocasiones que acudió al Centro de Salud Núñez Morgades del cáncer de ovario que se le detectó en un centro sanitario privado y, en segundo lugar, la reclamación que efectúa del reembolso del coste de un medicamento que le fue recetado por un médico privado.

En cuanto a la primera de esas cuestiones, la pérdida de oportunidad como causa determinante de la producción de un daño antijurídico y, por ende, justificación de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido recogida en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 7 de septiembre de 2005 (Recurso 1304/2001).

De igual manera, este Consejo ha admitido dicha doctrina en dictámenes como el 196/10, de 23 de septiembre y el 326/10, de 3 de octubre.

En todo caso, para que sea de aplicación dicha doctrina se exige que, como consecuencia de una deficiente actuación de la Administración se haya producido una pérdida de expectativas para el perjudicado que le hayan producido un daño. Como la práctica de la medicina no es, como ha reconocido abundante jurisprudencia, una ciencia exacta, se requiere además para la existencia de responsabilidad, una “*cierta probabilidad*” de que la actuación médica hubiera podido evitar el daño (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2010 (Recurso 863/2008)).

Por ello, en la jurisprudencia se ha reconocido la existencia de pérdida de oportunidad en supuestos en los que un retraso importante en el diagnóstico imposibilitó la práctica de una cirugía más conservadora (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de marzo de 2010 (Recurso 69/2008)) y, en cambio, se ha rechazado en supuestos en los que el retraso en el diagnóstico no tuvo incidencia en la evolución de la enfermedad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de abril de 2009 (Recurso de Apelación 321/2008)).

En este caso sólo consta acreditado que la reclamante acudió al Centro de Salud el día 11 de enero de 2006, diagnosticándosele aerofagia. Acudió de nuevo a dicho centro el 9 de febrero, manifestando mejoría pero manifestando que sufre dolores. El médico que atiende a la reclamante hace constar “*Ira a Dig.*” de tal forma que se constata que por parte del médico que trataba a la reclamante no habían concluido las actuaciones diagnósticas.

Pese a ello la reclamante acudió por propia iniciativa a las urgencias de la Clínica A el 1 de marzo donde se hace constar (folio 24) que los síntomas por los que acuden tienen un mes de evolución.

Esta actuación voluntaria de la reclamante impidió a los servicios sanitarios públicos el poder realizar pruebas adicionales como la ecografía que se realizó en la sanidad privada que pudiesen conducir al diagnóstico de la patología que sufría con lo que se habría producido una ruptura del nexo causal entre el daño sufrido por la reclamante y la actuación administrativa como ha recogido la jurisprudencia, así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de octubre de 2010 (Recurso 136/2006).

Debe hacerse notar además el escaso periodo de tiempo entre la consulta en el Centro de Salud del 9 de febrero en la que se hacen constar síntomas no recogidos en la consulta del 11 de enero y el 1 de marzo en que decide acudir a las urgencias de la clínica privada.

Como señala el Dictamen de este Consejo 212/10, de 15 de julio de 2010 *“Por todo ello, resulta que la actuación sanitaria dispensada a la reclamante se efectuó en todo caso con arreglo a la lex artis, no apreciándose en el presente caso, la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, que justificaría que la reclamante no hubiera tenido más alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada, que son los presupuestos establecidos jurisprudencialmente para considerar el reembolso de los gastos sanitarios (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; n.º de recurso 184/2005- que constituye un presupuesto irrevocable de la prestación sanitaria".

La reclamante no pidió cita de nuevo al Centro de Salud planteando la falta de mejoría ni tampoco acudió a las urgencias de un hospital público sino que fue a un centro privado, porque, como manifiesta expresamente en su escrito de reclamación, dispone de una póliza de seguro de asistencia sanitaria que contrató por cuanto considera que la sanidad pública es poco ágil en el tratamiento a los pacientes al estar saturada.

Estas circunstancias conducen a que haya que concluir que no existió ni pérdida de oportunidad al no existir una infracción de la *lex artis* en la actuación de los médicos que atendieron a la reclamante ni el necesario nexo causal entre su actuación y el daño sufrido por la reclamante ya que esta interrumpió voluntariamente la atención que se le venía prestando en la sanidad pública al acudir a un centro privado sin que existiese pasividad en la actuación de los médicos que la atendían que pudiese justificar esa decisión.

SEXTA.- En segundo lugar debemos examinar la petición de 118,91 euros que efectúa la reclamante por el coste de un medicamento.

Se reconoce por la reclamante que el citado medicamento le fue recetado por un oncólogo privado, solicitando el coste del mismo por considerar que tiene derecho ya que cotiza a la Seguridad Social.

El marido de la reclamante acudió el 31 de marzo de 2006 al Centro de Salud para informar de la operación efectuada y “a por recetas” (folio 65).

Se le recetó Yatrox, Primperan y Nolotil. El primero de ellos necesitaba visado por la Inspección puesto que se trata de un medicamento para enfermedades de diagnóstico hospitalario conforme el Real Decreto 618/2007, de 11 de mayo, por el que se regula el procedimiento para el

establecimiento, mediante visado, de reservas singulares a las condiciones de prescripción y dispensación de los medicamentos.

Al no haberse diagnosticado la enfermedad ni acordado su tratamiento por profesionales del Sistema Nacional de Salud se denegó el visado ya que conforme el artículo 2.3 de dicho Real Decreto *“Mediante visado, las Administraciones sanitarias verificarán la conformidad del tratamiento prescrito en el Sistema Nacional de Salud con las condiciones de utilización autorizadas en la ficha técnica y las indicaciones terapéuticas financiadas de acuerdo con el procedimiento que determinen en el ejercicio de sus competencias”*.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración al no concurrir los requisitos legales.

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, 13 de julio de 2011