

Dictamen n°: **459/16**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.10.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 13 de octubre de 2016, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f).a de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. O.I.L. y Dña. M.E.T.C., sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por la deficiente asistencia sanitaria dispensada a su hijo menor Y.L.T. en el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús (en adelante, HIUNJ) al no haberle intervenido quirúrgicamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23 de mayo de 2014, los interesados, en nombre y representación de su hijo menor de edad, formularon una reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que las secuelas irreversibles que padece el niño eran consecuencia de un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios públicos que se negaron a realizar la intervención quirúrgica que finalmente se llevó a cabo en una clínica privada.

La reclamación señalaba que el niño nació con una enfermedad denominada esclerosis tuberosa que le producía crisis epilépticas y que le obligó a seguir un tratamiento anticomicial. Presentaba además

astrocitoma de células gigantes, rasgos de trastorno del espectro autista y, a consecuencia de todo ello, retraso psicomotor.

Reprochan que los médicos que atendían al niño consintieron en mantenerle desde los doce meses, en que reagudizó su patología, hasta cerca de los tres años sin una alternativa al ineficaz tratamiento farmacológico y, consultados varios especialistas, acudieron a una clínica privada en Barcelona donde les ofrecieron una alternativa quirúrgica que se realizó en dos tiempos (el 6 y 13 de noviembre de 2013).

Reclamaban los daños y perjuicios ocasionados -que no cuantificaban-, y que no sólo se derivan del perjuicio económico sufrido al tener que acudir a la sanidad privada, sino también de la injustificada negativa de los médicos que le atendían en el HIUNJ a valorar otras alternativas terapéuticas/quirúrgicas o a derivarle a otro centro público, lo que retrasó la intervención que finalmente se llevó a cabo pero que no pudo evitar las secuelas irreversibles que padece el niño.

Junto a la reclamación presentaron diversa documentación médica del HIUNJ y de la clínica privada donde se intervino al paciente.

A efecto de notificaciones designaron un despacho de abogados.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del Dictamen:

El paciente, nacido el 26 de marzo de 2011, fue diagnosticado a los 2 meses de vida de esclerosis tuberosa. Se inició tratamiento con un antiepiléptico de elección para esa patología y disminuyó el número de crisis epilépticas. Reingresó a los 3 meses de edad por aumento en la frecuencia de las crisis, por lo que se aumentó la dosis del medicamento que tomaba y se añadió nueva medicación. En la revisión de los 6 meses de edad había estado 2 meses sin crisis. A los 10 meses el niño

progresaba en su desarrollo al estar haciendo estimulación. Había presentado una crisis cuando tuvo fiebre.

En Junio de 2012 se inició un estudio para determinar si el paciente era candidato a cirugía. En el informe del 12 de junio de 2012 se consignó que estaba estable de las crisis desde Julio de 2011, aunque se referían episodios ocasionales por la noche en que abría los ojos, sin desviación de la mirada y con aparente respuesta y luego seguía durmiendo. La RM cerebral del 5 de junio de 2012 mostró túberes corticales múltiples de localización supratentorial bilateral y asimétrica y múltiples nódulos subependimarios dos de ellos compatibles con astrocitomas de células gigantes, por lo que se desestimó la opción quirúrgica.

Reingresó en el 30 de septiembre de 2012 por reagudización de las crisis (espasmos epilépticos menores, crisis hipomotoras y crisis motoras menores) por lo que se aumentó el tratamiento farmacológico. Se objetivaron rasgos de trastorno del espectro autista. En este momento se consignó: *"queda pendiente de realizar estudio de monitorización vídeo-EEG para considerar la posibilidad de tratamientos no farmacológicos de la epilepsia"*. Nuevamente se descartó la opción quirúrgica en octubre.

A los 18 meses de edad fue revisado en consulta el 14 de noviembre de 2012 en la que se refirieron tres crisis al día hipomotoras y algunos espasmos por lo que se cambió el tratamiento farmacológico. A los 20 meses se apreció una evolución favorable, tenía más días en los que el paciente estaba bien, con disminución -no desaparición- del número de crisis. En la RM cerebral del 15 de febrero de 2013 se veía la disminución del tamaño de los astrocitomas de células gigantes.

El 19 de febrero de 2013 el caso fue discutido en sesión clínica de epilepsia con Neurología, Neurocirugía, Neuropsicología y Neurofisiología, pero dados los resultados de la monitorización vídeo-EEG (presencia de múltiples focos epileptogénicos bilaterales) y de las pruebas de RM

cerebral (presencia de múltiples túberes corticales bilaterales, además de presencia de tres astrocitomas de células gigantes), se llegó a la conclusión de que no era candidato a cirugía resectiva en ese momento.

A los 2 años y un mes se informó que el cambio a la nueva medicación no había sido eficaz y habían aumentado los episodios críticos de detención de la actividad con caída cefálica, por lo que se volvió al tratamiento anterior y, tras el ajuste de la medicación, persistió libre de crisis.

En mayo de 2013 consultó con una clínica privada para que el menor fuera evaluado y se les ofreció la posibilidad de realizar una intervención quirúrgica con la previa colocación profunda de electrodos (folio 18).

En la consulta de Neurología del HIUNJ el 16 de junio de 2013, en relación a su desarrollo psicomotor presentaba una evolución lenta, iniciaba bipedestación pasiva durante unos segundos, gateaba, no presentaba bisílabos referenciales, no señalaba, mostraba mayor interés por el entorno y los objetos, incluso en alguna ocasión tendía a cogerlos, buscaba el contacto visual, sonreía a los estímulos, miraba si le llamaban por su nombre. El diagnóstico fue: complejo de esclerosis tuberosa, epilepsia secundaria, astrocitoma de células gigantes, posible angiomiolipoma renal, retraso psicomotor, rasgos de trastorno del espectro autista, neutropenia leve autolimitada en resolución.

En julio de 2013 (folios nº 15 a 17 del expediente) la clínica privada informó a los reclamantes que sería necesario hacer un estudio invasivo previo para determinar los límites para la resección quirúrgica.

En las siguientes revisiones hasta los 2 años y 6 meses presentaba crisis prácticamente diarias (5/6).

Finalmente, en noviembre de 2013, fue intervenido en la clínica privada en dos tiempos (el 6 de noviembre para colocación de electrodos y

el 13 de noviembre para craneotomía y exéresis de tuberoma AMS). A consecuencia de dicha intervención el paciente permanece sin aparentes crisis desde finales de diciembre de 2013.

Visto nuevamente el 28 de enero de 2014 en el HIUNJ se recomendó ajustar la medicación pero la madre prefirió control en la clínica privada.

En febrero de 2014 estaba sin aparentes crisis desde diciembre de 2013 aunque en ocasiones ponía una cara peculiar pero no impresionaban de crisis. La RM craneal no mostraba cambios en el tamaño de los astrocitomas.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en 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 (en adelante, RPRP), lo que se notificó a los interesados, se les informó de la normativa aplicable, el sentido del silencio administrativo y se les requirió para que acreditaran la representación legal del menor, y concretaran las lesiones causadas al menor y la cuantificación económica de los daños que reclamaban.

Con fecha 25 de junio de 2014 aportaron copia del Libro de Familia, afirmaron no poder valorar los perjuicios hasta no saber el alcance de las secuelas del menor y concretaron que los daños físicos de un menor con esclerosis tuberosa que únicamente era tratado con fármacos eran crisis convulsivas en número de 2/5 al día, irritabilidad, menor interacción social, retraso en su desarrollo psicomotor, con 25 meses no presentaba bisílabos referenciales, no señalaba y precisaba cuidados directos, continuos y permanentes derivados de la falta de control de su epilepsia. Y sin embargo, una vez intervenido el menor había mejorado de forma importante, si bien arrastraba las secuelas producidas como consecuencia

de haber sido mantenido bajo tratamiento farmacológico que en modo alguno había beneficiado su estado de salud.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se incorporaron al expediente la historia clínica del menor, así como el informe del Coordinador de la Sección de Neurología Pediátrica del HIUNJ, de fecha 1 de agosto de 2014 (folios nº 131 a 134 del expediente).

Este informe, tras relatar la asistencia y seguimiento realizado al paciente manifestaba que la cirugía es una opción terapéutica en pacientes con esclerosis tuberosa y epilepsia refractaria al tratamiento farmacológico y que son candidatos a cirugía los pacientes con un único foco epileptógeno claro y bien delimitado. En el caso del paciente, los resultados de la monitorización video-EEG (con presencia de múltiples focos epileptogénicos bilaterales) y de las pruebas de RM cerebral (presencia de múltiples túberes corticales bilaterales, además de presencia de 3 astrocitomas de células gigantes), así como los datos clínicos, fueron analizados en "sesión conjunta de cirugía de la epilepsia" y se llegó a la conclusión de que no era un candidato a cirugía resectiva en ese momento porque los túberes epileptogénicos son con frecuencia extratemporales, multifocales y bilaterales, y pueden sobreponerse a la corteza elocuente y se entremezclan con anomalías de la sustancia blanca, lo que dificultaba la identificación precisa de los márgenes de la resección. Por ello, el tratamiento quirúrgico de la epilepsia refractaria en niños se restringe en general a pacientes con un inicio ictal asociado a un túber localizado en la corteza no elocuente.

También consta en el expediente el informe emitido por la Inspección Sanitaria el 18 de diciembre de 2014 (folios nº 136 a 134 del expediente) que consideró que la atención dispensada por los facultativos del HIUNN no fue adecuada al desestimar la posibilidad de un tratamiento de cirugía paliativo que pudiera mejorar la sintomatología que presentaba el paciente, porque, aunque el candidato idóneo para la cirugía resectiva es

aquel que tiene un foco de convulsión específico en un área del cerebro que se puede extirpar con seguridad sin causar la pérdida significativa de alguna función, cuando las convulsiones están teniendo un impacto importante en la vida de una persona, se debe considerar la posibilidad de una cirugía resectiva porque, aun con múltiples focos, podría beneficiarse al extirpar una o más de las áreas que producían las convulsiones. Por lo tanto, los túberes múltiples/focos convulsivos no son necesariamente contraindicaciones para la cirugía resectiva.

En este estado del procedimiento, los reclamantes aportaron una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de junio de 2014 sobre un paciente con una enfermedad –paquigiria- que le provocaba crisis epilépticas y en la que el Tribunal falló estimando una indemnización por daños morales -por la pérdida de oportunidad generadora de una falta de medios por haber negado durante 2 años la posibilidad de que el paciente fuera intervenido en la Sanidad Pública- y por los gastos de la intervención quirúrgica en la clínica privada.

Se incorporó asimismo el informe emitido por la Coordinadora del Programa de Cirugía de la Epilepsia del HIUNJ (folios nº 174-175), de 4 de junio de 2015, en el que manifestó que al paciente se le estaba haciendo un seguimiento de su enfermedad en la unidad de Neurología y en la Unidad de video-EEG. Los resultados de los estudios video-EEG no permitían identificar un único foco epiléptico que pudiese extirparse para curar su enfermedad. Tampoco cumplía criterios para ofrecer cirugía paliativa que, además tiene peores resultados y son menos predecibles que la cirugía resectiva y por eso no se le ofreció a la familia en ese momento. Señalaba que solo un 20% de los casos de pacientes con la enfermedad de este paciente eran susceptibles de cirugía. Posteriormente, la familia dejó de realizarse el seguimiento evolutivo video-EEG y, libremente y por decisión propia, solicitó una valoración en un centro privado.

Dentro del plazo establecido, los reclamantes presentaron alegaciones en las que manifestaron que los hospitales de la red pública sanitaria no realizan el tipo de intervenciones que necesitaba su hijo y que a ningún caso de esclerosis tuberosa se le ha ofrecido en el SERMAS la intervención quirúrgica, a pesar de comprobar que los tratamientos con fármacos no suponían el tratamiento adecuado para ellos. Por ello consideraban que no se habían puesto todos los medios al alcance de los facultativos del HIUNJ, que se niegan a intervenir este tipo de patología con las consiguientes secuelas que ello produce en los menores, ni les derivan a otros centros que se puedan hacer cargo de las intervenciones. Y alegaban que la intervención en la clínica privada había mejorado considerablemente la calidad de vida del niño porque había eliminado las crisis epilépticas y, por tanto, había frenado su retraso cognitivo y motor, lo que se podía haber conseguido mucho antes sin tener que acudir a la sanidad privada si los facultativos del HIUNJ no se hubieran negado a intervenir.

El 2 de septiembre de 2016 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada, por considerar que la prestación sanitaria fue adecuada y conforme a *lex artis*; que las secuelas irreversibles del menor no habían sido acreditadas y que aunque el daño económico se hubiese justificado -mediante la presentación de las facturas abonadas- no sería un daño antijurídico, toda vez que acudieron a una clínica privada libre y voluntariamente, sin que existiese riesgo vital y sin haber solicitado siquiera una segunda opinión en cualquier otro centro sanitario de la red pública.

CUARTO.- El 13 de septiembre de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid un escrito del viceconsejero de Sanidad por el que, por delegación del consejero de Sanidad, se formuló preceptiva consulta.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. M.^a Dolores Sánchez Delgado que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 13 de octubre de 2016.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación -en soporte CD-, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

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 indeterminada, y por solicitud delegada 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, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según establece su artículo 1.1. No obstante, de conformidad con su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación presentada el 23 de mayo

de 2014, resulta de aplicación la normativa anterior, esto es, los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, que han sido desarrollados en el RPRP.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la citada Ley 30/1992, al ser representantes legales de su hijo menor de edad *ex* artículo 162 del Código Civil. La relación de parentesco ha sido debidamente acreditada con copia del Libro de Familia.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en centros sanitarios públicos de su red asistencial.

En cuanto al 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 142.5 de la LRJ-PAC). En el presente caso, presentaron la reclamación el día 23 de mayo de 2014 y, dado que están reclamando por la no realización de una intervención quirúrgica en el hospital de la sanidad pública que venía asistiendo al niño y dicha intervención se llevó a cabo en la sanidad privada en noviembre de 2013, la acción está ejercitada dentro del plazo legalmente establecido, independientemente de la fecha de curación o de estabilización de las secuelas.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se ha recabado el informe del servicio médico implicado. Y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente, así como otro informe a la Coordinadora del Programa de Cirugía de la Epilepsia.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a los reclamantes, de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC, que formularon alegaciones.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- Debemos partir de la consideración de que la responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 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 su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC:

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) 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. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras 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”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o

exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19/5/2015, RC 4397/2010) ha señalado 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"*.

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que *"(...) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad*

patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.

Además ha de partirse de la consideración de que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria recae en quien la reclama, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de marzo de 2016 (recurso 658/2015) que señala que *“la prueba de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado, así como la existencia y contenido de éste, corresponde a quien reclama la indemnización, sin que proceda declarar la responsabilidad de la Administración cuando esa prueba no se produce”.*

Los reclamantes no han aportado prueba alguna en este sentido. Se les requirió para que presentaran una valoración de los daños y perjuicios ocasionados por la Sanidad Pública por no intervenir a su hijo, a lo que los reclamantes contestaron que no podían concretar la cuantía indemnizatoria hasta que no se determinaran las secuelas definitivas, respecto de las que solo menciona que *“arrastra las secuelas producidas como consecuencia de haber sido mantenido bajo tratamiento farmacológico que en modo alguno ha beneficiado su estado de salud”.*

No han presentado una valoración de los gastos ocasionados en la sanidad privada como consecuencia de la intervención a la que se sometió el niño ni tampoco informes médicos que acrediten la situación del menor tras la intervención. Tampoco han aportado un informe médico en que se analice cómo la no intervención y el retraso en realizarla han afectado a la enfermedad del niño. Y solo consta, en el informe del Coordinador de la Sección de Neurología Pediátrica, que en febrero de 2014 estaba sin aparentes crisis desde diciembre de 2013 aunque en ocasiones ponía una

cara peculiar pero no impresionaban de crisis. La RM craneal no mostraba cambios en el tamaño de los astrocitomas.

Ciertamente los reclamantes han acudido a una clínica privada y en este sentido sí puede entenderse que han sufrido un daño pero no se ha probado el alcance de los perjuicios económicos que ello les ha supuesto o si tienen algún tipo de seguro médico, ni se han acreditado los daños y secuelas ocasionados al menor por el retraso en realizar la intervención. Se desconoce si la situación del menor ha mejorado o si tiene secuelas y si estas derivan del supuesto retraso en realizar la intervención o si son debidas a sus propias condiciones físicas.

QUINTA.- No obstante, la existencia de un daño no determina por sí misma la responsabilidad de la Administración sanitaria porque no basta con acreditar un daño –que en este caso no se ha probado–, sino que, cuando de la asistencia sanitaria se trata, es necesario probar que aquel está vinculado a una actuación contraria a los principios de la *lex artis ad hoc*.

Como señalamos anteriormente, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es a la parte reclamante a la que incumbe, como regla general ordinaria, la carga de la prueba. Así lo entendió también el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, al matizar que *“corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama”*.

El reproche que realizan los reclamantes reside en el funcionamiento anormal de los servicios sanitarios públicos ya que los médicos que atendían a su hijo le mantuvieron con un tratamiento farmacológico

ineficaz para el tratamiento de su enfermedad por lo que tuvieron que acudir a una clínica privada donde fue intervenido por lo que reclaman los gastos derivados de la asistencia médica privada y los daños irreversibles que padece el niño pese a la intervención ya que el retraso en realizarla incidió en sus secuelas. Pues bien, los reclamantes tampoco han aportado al procedimiento criterio médico o científico que sustente la alegación de mal funcionamiento en que se basa la reclamación.

Ante la falta de prueba aportada por los reclamantes es necesario acudir a los informes médicos obrantes en el expediente.

Así, el informe del Coordinador de la Sección de Neurología Pediátrica explicó que la cirugía es una opción terapéutica en pacientes con esclerosis tuberosa y epilepsia refractaria al tratamiento farmacológico si tienen un único foco epileptógeno claro y bien delimitado pero en este caso el paciente tenía varios focos con múltiples túberes corticales bilaterales y tres astrocitomas de células gigantes, y se desechó la intervención porque los túberes epileptogénicos pueden sobreponerse a la corteza elocuente y además también se entremezclan con anomalías de la sustancia blanca lo que dificultaba la identificación precisa de los márgenes de la resección.

Por su parte, el informe emitido por la Coordinadora del Programa de Cirugía de la Epilepsia explicó que en el HIUNJ se realizan intervenciones de cirugía de la epilepsia paliativas en pacientes con epilepsia resistente a fármacos antiepilépticos, cuando, tras realizarse una evaluación se identifica una zona de la corteza cerebral susceptible de ser extirpada sin causar un déficit neurológico, y, a la vez, que se pueda establecer un pronóstico de al menos un 50% posibilidades de evolución postquirúrgica satisfactoria. Informó que las intervenciones paliativas no garantizan resultados favorables en todos los pacientes y que se realizan para intentar mejorar algo la vida del paciente y de la familia, pero el pronóstico natural de algunas enfermedades no puede frenarse con tratamientos paliativos. Los resultados de una técnica paliativa son peores y mucho

menos predecibles que los de una cirugía resectiva. En el caso del paciente no estaba identificado un único foco epiléptico que pudiese extirparse para curar su enfermedad. En estos casos solo un 20% pueden ser susceptibles de cirugía, pero el menor no cumplía los criterios la cirugía paliativa; no consideraron que fuese a mejorar después de una intervención de este tipo, y por eso no se le ofreció a la familia.

El informe de la Inspección Sanitaria, tras explicar que hay tres tipos de cirugía para la epilepsia farmacorresistente y esclerosis tuberosa -la cirugía resectiva, la colocación de un estimulador vagal (cirugía paliativa) y la callostomía (cirugía paliativa)-, señaló que el candidato idóneo para cirugía resectiva es aquel que tiene un foco de convulsión específico en un área del cerebro que se puede extirpar con seguridad, sin causar la pérdida significativa de alguna función. Y cuando una persona tiene múltiples tipos de convulsiones que no pueden localizarse con claridad, es decir, identificar que se origina en un solo túbulo o región específica del cerebro, entonces la alternativa podría ser la cirugía paliativa del cuerpo calloso.

En este caso, la Inspección Sanitaria reconoce que el niño fue tratado con todos los medios del HIUNJ para el diagnóstico y tratamiento de su enfermedad y coincide con los informes aportados al expediente en que el paciente no era un candidato a la cirugía resectiva porque presentaba múltiples focos de convulsión que se pudiese extirpar con seguridad, sin causar la pérdida de alguna función, pero luego afirma que *“con múltiples focos aún podría beneficiarse al extirpar una o más áreas que producen convulsiones”* y, tras mencionar que fue intervenido quirúrgicamente en una clínica privada, aparentemente con éxito, concluyó que la actuación de los facultativos del HIUNJ no fue adecuada por no ofrecer al paciente un tratamiento de cirugía paliativo.

Las razones que esgrimió fueron que *“según bibliografía consultada, si las convulsiones están teniendo un impacto importante en la vida de una*

persona, se debe considerar la posibilidad de una cirugía. Con múltiples focos aún podría beneficiarse al extirpar una o más áreas que producen convulsiones. Por lo tanto, los túberes múltiples/focos convulsivos no son necesariamente contraindicaciones para la cirugía resectiva”.

Con este informe, que alude a bibliografía que no cita, ni acompaña, ni relaciona, no queda claro el tipo de cirugía que habría que haber realizado al paciente pues después de considerar que no era un candidato para la intervención resectiva, considera que la cirugía resectiva se podría haber empleado porque la resección de alguno de los varios túberes podría ser beneficiosa para mejorar la calidad de vida, y después califica de inadecuada la actuación de los médicos del hospital por no haber practicado una cirugía paliativa tras reseñar que fue intervenido con aparente éxito en una clínica privada.

Sin embargo, hay que recordar que, tal y como dijimos en nuestro Dictamen nº 226/16, de 23 de junio, la asistencia médica ha de atender a las circunstancias de la asistencia y a los síntomas del enfermo, mediante un juicio *ex ante* y no *ex post*. Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual:

“No es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio ex post, sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente”.

También se pronunció reiteradamente el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el sentido de que no resulta procedente juzgar la corrección de una actuación médica partiendo de la evolución posterior del paciente, en una llamada “*prohibición de regreso*” a la que aluden los

dictámenes 52/13, de 20 de febrero; 365/13, de 11 de septiembre, y 27/14, de 22 de enero; 0 13/15 de 21 de enero, entre otros, así como la jurisprudencia, en este sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de mayo de 2014 (recurso 1236/2011), y de 6 y 11 de mayo de 2016 (recursos 1153/2012 y 998/2013).

Por ello, y con la consideración de que la valoración conjunta de la prueba ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a las que llega cada uno de los informes, frente al informe de la Inspección Sanitaria, debe darse más crédito a los otros informes aportados en el expediente y que ponen de manifiesto los criterios para no intervenir al menor. La actuación de los facultativos que atendían al paciente y que, en sesión clínica conjunta de los Servicios de Neurología, Neurocirugía, Neuropsicología y Neurofisiología, decidieron no intervenir al niño resulta ajustada a la *lex artis* porque, por sus múltiples focos epileptogénicos y túberes, no era un candidato para cirugía dadas las escasas probabilidades de éxito y la imposibilidad de determinar un foco de intervención que no dañara otras funciones cerebrales, y el hecho de que fuera posteriormente intervenido en una clínica privada con aparente éxito no enerva esta consideración.

SEXTA.- Como señalamos en nuestro Dictamen 248/16, de 30 de junio, en materia de reembolso de gastos por asistencia en la sanidad privada, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid vino manteniendo la siguiente doctrina (recogida, entre otros, en los dictámenes 209/09, de 29 de abril, 648/11, de 23 de noviembre, o 56/14, de 5 de febrero):

“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). 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; nº de recurso 184/2005- que constituye un presupuesto inescindible de la prestación sanitaria»».

Sin embargo, como hemos analizado, en este caso no se aprecia que hubiera una actuación de dejadez o desidia de los servicios sanitarios públicos sino que su decisión estaba avalada por criterios médicos. En varias ocasiones se evaluó la posibilidad de intervenir al niño en el HIUNJ pero, tras la realización de pruebas y a la vista de sus resultados, se descartó por no cumplir los criterios médicos para ello.

Además, conviene recordar que la regulación legal permite acudir a la sanidad privada pero sólo en casos de urgencia vital cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios del Sistema Nacional de Salud, en los términos del 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 el procedimiento para su actualización, interpretado restrictivamente por los tribunales del orden social [vid. sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 25 de mayo de 2009 (recurso 2/2008) y sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de Aragón de 20 de enero de 2015 (recurso de suplicación 771/2014)].

En este caso, la intervención no era urgente como lo demuestra el hecho de que la intervención no se realizó inmediatamente tras acudir a la sanidad privada sino que consultó en mayo y en julio y no se le intervino hasta noviembre, tiempo en el que podía haber solicitado una segunda opinión dentro de la Sanidad Pública, que es uno de los derechos que el artículo 27.9 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, reconoce a los usuarios del sistema sanitario.

Lo expuesto hasta ahora permite entender que no hubo en este caso ni situación de urgencia vital objetivada ni desatención en los servicios sanitarios públicos sino que la decisión de los reclamantes de acudir a la medicina privada, fue una actuación atribuible más a su libre voluntad

Por todo lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial al no acreditarse la infracción de la *lex artis* en la asistencia prestada a la reclamante ni concurrir los requisitos necesarios para el reembolso de los gastos efectuados.

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 13 de octubre de 2016

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 459/16

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid