

Dictamen n^o: 71/11
Consulta: Consejero de Sanidad
Asunto: Responsabilidad Patrimonial
Aprobación: 09.03.11

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por ocho votos a favor y un voto en contra, en su sesión de 9 de marzo de 2011, sobre consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por G.A.M., representada por la letrada C.F.B.G., en reclamación de indemnización por daños y perjuicios, causados por retraso en el diagnóstico y erróneo tratamiento de en el Centro de Salud “*Jaime Vera*”, de Leganés, de la tuberculosis pulmonar que padecía.

La indemnización solicitada asciende a 261.000.-€.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 8 de febrero de 2011 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo remitido por el Consejero de Sanidad sobre responsabilidad patrimonial en reclamación de indemnización por daños y perjuicios causados a la reclamante por un supuesto error de diagnóstico derivado de la falta de realización de las correspondientes pruebas diagnósticas, según aduce, durante dos años, con el consiguiente error de tratamiento, siendo diagnosticada de tuberculosis pulmonar, insuficiencia respiratoria aguda y anemia macrocítica normocrómica.

Admitida a trámite con esa misma fecha, se procedió a dar entrada con el número 51/11, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, que concluye el 15 de marzo de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada y recogida en soporte CD, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado por correo y que tuvo entrada en el Registro del Servicio Madrileño de Salud con fecha 21 de abril de 2008 (la fecha del sello de presentación en correos es ilegible), la reclamante, presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de indemnización por entender que se ha producido negligencia médica por parte del el médico de atención primaria en el diagnóstico de la enfermedad pulmonar que padecía, que le ha ocasionado una serie de secuelas. En concreto, manifiesta la reclamante que durante dos años, desde el 15 de octubre de 2003 hasta el 24 de enero de 2006, estuvo acudiendo con síntomas de enfermedad pulmonar a su médico de atención primaria, que no le prescribió una radiografía hasta esta última fecha, prueba en la que se objetiva la tuberculosis padecida.

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

1. La reclamante acude a su médico de atención primaria el 15 de octubre de 2003 (folio 42 del expediente administrativo) aludiendo pérdida de peso, 14 kg. desde el verano, que achaca al estrés, así como náuseas, mareos y vómitos. Se le exploró y se le solicitó analítica, apareciendo signos de leucocitosis. En concreto, el recuento de leucocitos era de 11.1 mil/mcl, sobre un rango de 4,5 - 10.2, con 7,39 de neutrófilos, siendo el resultado del resto de la analítica que se le solicitó y de las hormonas tiroideas, normal (folio 55 del expediente administrativo),

acudiendo de nuevo a consulta el día 29 de octubre de 2003, para ver la evolución y los resultados de la analítica que se le solicitó.

2. La paciente acudió de nuevo el 19 de diciembre de 2003 a la consulta de Atención Primaria, por presentar fiebre de 39° C, con tos seca y malestar general. A la exploración resulta una auscultación cardiopulmonar normal, objetivándose sin embargo faringe hiperémica. Se le efectuó el diagnóstico de catarro, y se le prescribió tratamiento con Efferalgan (paracetamol), como analgésico y antipirético, y Romilar (dextrometorfano) como antitusígeno (folio 44 del expediente administrativo).

3. El 30 de diciembre de 2003 acude nuevamente a consulta, por una clínica similar (fiebre de 39° C con tos seca), se le exploró nuevamente, y resultó la auscultación cardiopulmonar normal, estando la faringe hiperémica. Ante la misma sospecha diagnóstica (catarro), se procedió de forma similar y se le pautó como tratamiento Efferalgan (paracetamol) y Codeisana (codeína) como antitusígeno (folio 45 del expediente administrativo).

Posteriormente acudió el 5 de enero de 2004 a consulta programada de Atención Primaria, refiriendo desde hacía 2-3 meses cansancio generalizado, con apatía, llanto y tristeza, siendo tratada con fluoxetina al considerar dicha clínica sugestiva de trastorno distímico (folios 101 y 124 del expediente administrativo).

4. Acudió a revisión, en consulta programada, el día 23 de enero de 2004, donde refiere que no ha tomado la medicación porque tenía dudas en cómo se tomaba y en si podría crear dependencia, asimismo refiere episodios de llanto fácil (folio 45 del expediente administrativo).

En consulta de seguimiento de 20 de febrero se describe que la paciente presenta tos y expectoración y se le prescribe Atarax 25 mg.

De nuevo, la reclamante acude a consulta el 19 de abril de 2004 con el mismo cuadro siéndole pautado Loratadina y en consulta de 19 de agosto en la que además refiere fiebre y malestar general, pautándose de nuevo un antitusivo y un analgésico (folio 46 del expediente administrativo).

5. En consulta de 19 de noviembre de 2004, la reclamante manifiesta que desde hace dos días padece dolor en la región subcapular irradiado hacia delante de características mecánicas que aumenta con la tos y los movimientos en flanco izquierdo que aumenta con los giros. En la exploración se reseñó: auscultación pulmonar, murmullo vesicular conservado, no crepitantes. Se le prescribió tratamiento con carisprodol (Miorelax) durante 10 días, y calor local (folio 47 del expediente administrativo).

El 19 de diciembre de 2004, de nuevo acude a consulta por contusión en la espalda, refiriendo “*dolor a la palpación profunda en los últimos arcos costales derechos*”, pautándose Ibuprofeno (folio 47 del expediente administrativo).

Asimismo, el 26 de mayo de 2005, consta de nuevo que la paciente acude a consulta, siendo diagnosticada de contractura lumbar en el lado derecho que fue tratada con Ibuprofeno.

El 4 de octubre de 2005, acude con el mismo cuadro de tos con fiebre y malestar general, con congestión nasal, de nuevo con faringe hiperémica, y auscultación normal, de nuevo se pauta medicación específica para la tos (folio 48 del expediente administrativo).

El 28 de noviembre de nuevo acude a consulta en su centro de atención primaria refiriendo tos seca con fiebre de 38-39° con vómitos con la tos, siendo de nuevo el diagnóstico el de resfriado común pautándose esta vez una medicación con codeína (folio 49 del expediente administrativo).

6. En consulta programada para revisión de ACO (anticoncepción hormonal oral), el 9 de diciembre de 2005, la paciente refiere palpitations. Se le solicita hemograma, bioquímica general y hormonas tiroideas, pruebas que se le realizaron el día 22 de diciembre de 2005. Si bien, antes de su realización el 21 de diciembre de 2005, la paciente acudió a consulta porque el día anterior había sido vista por el SUMMA 112 por un cuadro de palpitations, observándose en el electrocardiograma (ECG) que le realizaron una taquicardia sinusal. Se le pautó diazepam, mejorando la clínica (folio 49 del expediente administrativo).

Acude nuevamente a consulta el 28 de diciembre de 2005, a recoger los resultados de la analítica, y la paciente refiere haber tenido en dos ocasiones palpitations, con sensación de ahogo, sin relación con el esfuerzo. En la exploración se objetivó una frecuencia cardíaca de 124 l.p.m, por lo que se le realizó un ECG, observándose una taquicardia sinusal sin signos de isquemia. Se inició tratamiento con atenolol y diazepam, y se le indicó control en 10 días. En la analítica que se le había realizado presentaba una disminución del VCM y HCM, con una Hb. de 12, leucocitos de 15.38 mil/mcl (con 10.69 de neutrófilos). Se le solicitó hemograma, hierro y ferritina (folio 50 del expediente administrativo).

En consulta programada del 5 de enero de 2006, refiere que habían disminuido algo las palpitations, pero que se encontraba peor por las noches y que descansaba mal, con ánimo triste e irritable, y con astenia. Además, consta que presentaba taquicardia a 120 l.p.m. Se le aumentó la dosis de atenolol y diazepam, y se le indicó nuevo control en 15 días.

7. El 20 de enero de 2006 acudió a consulta programada, donde la paciente refería fiebre y tos mucosa desde hacia 3 días, y ocasionalmente palpitations. En la hoja de evolución correspondiente a dicha consulta se anota por primera vez “*anormalidad leucocitos*” en el apartado “*Descripción*”, puesto que en la analítica que se le había realizado el día 12

de enero anterior se objetivó un aumento de la leucocitosis con respecto a la realizada el día 22 de diciembre de 2005, con neutrofilia, cayados y aumento de la ferritina. Ante estos resultados se solicitó hemograma con reactantes de fase aguda, sistemático de orina, urocultivo y radiografía de tórax.

8. En la anotación correspondiente a la consulta de 24 de enero de 2006, tras haberse realizado la analítica y la radiografía de tórax que se le habían solicitado, se anota que se observaban *“lesiones cavitadas en lóbulos superiores múltiples, con pérdida de volumen, compatibles con tuberculosis activa”*, derivándose a la paciente a Urgencias de Neumología (folio 52 del expediente administrativo).

El mismo día, la paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa donde se confirma el diagnóstico de tuberculosis pulmonar (mediante prueba de BAAR), ingresando en el Servicio de Neumología el día 27 de enero de 2006. Interesa destacar que a su ingreso se hace constar que la paciente refiere *“desde año y medio tos seca persistente. Pérdida de peso progresiva y astenia. En total refiere haber perdido 20 kg de peso. Sudoración ocasional. No fiebre termometrada. No control radiológico en ese tiempo. Coincidiendo con esa clínica aparecen palpitaciones y nerviosismo por lo que se inició tratamiento por ansiedad. En el último mes refiere empeoramiento de su clínica con disnea de esfuerzo progresiva, dolor en hemitórax izquierdo de características pleuromecánicas. Fiebre de 38°C, con astenia y anorexia. Tos con expectoración escasa no hemoptoica”* (folio 64 del expediente administrativo).

Durante todo el ingreso la paciente permaneció afebril presentando buen estado general en todo momento, y dada su estabilidad clínica se decide su alta el día 31 de enero de 2006, con seguimiento de manera ambulatoria. Completó tratamiento correcto durante 6 meses, habiéndose confirmado

con los cultivos de esputo la infección por *Mycobacterium Tuberculosis*, sensible a los fármacos utilizados, tal y como se indica en el informe de alta del servicio que obra al folio 65 del expediente administrativo.

La paciente acudió a revisión a la Consulta de Neumología del Área (Hospital “*Severo Ochoa*”) el día 21 de marzo de 2006, dejándose constancia de que la misma está mucho mejor, ha ganado 5 kilos de peso, y que no expectora nada (folio 66 del expediente administrativo).

Consta que durante su tratamiento ambulatorio la paciente ingresó en el Servicio de Medicina Interna del Hospital Severo Ochoa el 8 de abril de 2006 por una infección respiratoria, siendo dada de alta hospitalaria el día 12 de abril de 2006 (folio 73 del expediente administrativo).

9. Respecto de la recuperación de la tuberculosis padecida por la reclamante, con fecha 28 de julio de 2006, la misma acudió a revisión a la consulta de Neumología, observándose en la radiografía de tórax que le fue practicada lesiones en ambos vértices y restricción pulmonar objetivada en espirometría (folio 70 del expediente administrativo).

10. Durante el mes de diciembre de 2006, consta en las hojas de evolución de atención primaria que la paciente acude de nuevo por tos y dolor, siendo prescrita una radiografía de tórax, haciéndose constar en la consulta del día 17 de enero de 2007 que se aprecia lesión compatible con bullas o neumotórax tabicado prescribiéndose la realización de un TAC para comprobarlo (folio 117 del expediente administrativo).

En la revisión realizada en el mes de febrero de 2007, en la consulta de Neumología, se observó un empeoramiento funcional y radiológico (con aparición de bullas en los vértices pulmonares), siendo la bulla del lóbulo superior derecho (LSD) de gran tamaño, por lo que se derivó a la paciente al Servicio de Cirugía Torácica del Hospital “*Ramón y Cajal*”, a fin de valorar intervención quirúrgica.

11. Con fecha 15 de abril de 2007, la reclamante ingresó en el Servicio de Cirugía Torácica del Hospital “*Ramón y Cajal*” para cirugía programada, sobre bulla pulmonar gigante, siendo intervenida al día siguiente realizándosele resección de la bulla gigante del LSD, y de otra de menor tamaño en el LID, siendo dada de alta el 23 de abril de 2007 (folios 74 y 75 del expediente administrativo).

La paciente acudió de nuevo a revisión a la consulta de Neumología el día 31 de mayo de 2007. En la radiografía de tórax que le fue realizada el día 21 de mayo de 2007, se observa un aumento de tamaño de la bulla del LSI. Se le solicitó nuevo control en tres meses.

El 6 de septiembre de 2007, acudió nuevamente a revisión a la consulta de Neumología, ya que la paciente refería empeoramiento de su situación basal (disnea) en los últimos meses. En nueva radiografía de tórax se observaba un aumento de la bulla del LSI. El caso fue valorado en sesión clínica, decidiéndose realización de TAC y de gammagrafía pulmonar, para valorar posible intervención quirúrgica sobre la bulla.

Efectuadas las anteriores pruebas, el 20 de noviembre y el 8 de noviembre de 2007 respectivamente, se observa que ha desaparecido la bulla del lóbulo superior derecho por resección quirúrgica de la misma y ha aumentado de tamaño la bulla del lóbulo superior izquierdo y la del hemitórax derecho. Asimismo, se aprecia una imagen nodular de 12 mms. de contorno espiculado y asociada a tractos fibrosos, que puede corresponder a una zona de fibrosis y cicatriz quirúrgica (folios 85 y 86 del expediente administrativo).

Se observa además, en la gammagrafía realizada, un área de hipoperfusión marcada del lóbulo superior de pulmón izquierdo y perfusión heterogénea en pulmón derecho. En la cuantificación se obtiene: Pulmón izquierdo: 64%, Segmento superior: 8%, Segmento medio: 60%, Segmento inferior: 28%; Pulmón derecho: 36%, Segmento superior: 28%, Segmento

medio: 56% Segmento inferior: 13% (folio 84 del expediente administrativo).

12. La paciente acudió a una nueva revisión a la consulta de Neumología en diciembre de 2007, y se decide remitirla a Cirugía Torácica del Hospital Ramón y Cajal, para valorar intervención quirúrgica sobre la bulla del LSI. Examinada por el Servicio de Cirugía Torácica del Hospital Ramón y Cajal, se le recomendó consultar en un centro con Unidad de patología respiratoria avanzada.

Con fecha 1 de abril de 2008, fue valorada por la Unidad de Trasplante Pulmonar del Hospital Puerta de Hierro, y presentado el caso en sesión, se descartó la opción de bullectomía apical izquierda por la presencia de bronquiectasias en parénquima residual (folio 136 del expediente administrativo), no descartándose la futura necesidad de un trasplante unipulmonar, de acuerdo con el informe redactado para la valoración de incapacidad que obra al folio 139 del expediente administrativo.

13. Por último, consta en el expediente administrativo un informe de la inspección médica de fecha 4 de junio de 2008, en el que se indica que *“la situación de la paciente indica claramente que es candidata a invalidez.”* (folio 133 del expediente administrativo).

14 Consta que por estos mismos hechos y contra la desestimación presunta de la reclamación presentada la reclamante interpuso recurso contencioso administrativo que se está sustanciando ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid bajo el número de autos PO 297/2009.

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las

Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante RPRP).

CUARTO.- Respecto de los hitos del procedimiento consta que se ha concedido a los reclamantes el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) y 11 del RPRP, mediante escrito de 1 de octubre de 2009, notificado con fecha 28 de octubre de 2009 (folios 328 a 330 del expediente administrativo). La reclamante formula alegaciones con fecha 10 de noviembre de 2009, en las que se manifiesta en síntesis que:

Se ha cometido una infracción de las normas del procedimiento, por la falta de remisión del expediente completo, que considera se le ha enviado parcialmente, en concreto por falta de remisión del informe emitido por la compañía aseguradora de la Administración.

Asimismo, se discuten determinadas afirmaciones contenidas en el informe emitido por el médico de Atención Primaria, por lo que se refiere a la muestra de leucocitosis. También se hace alusión al tratamiento que se le aplica por trastorno distímico, *“sin realizar prueba alguna, sin descartar patología física y sin tener en cuenta que la leucocitosis, la tos, la fiebre...no son síntomas de depresión”*.

Junto con dicho escrito se aporta un estudio médico relativo a la persistencia de la tos crónica en pacientes, para concluir que *“no se siguieron los protocolos en este sentido y se diagnostica un trastorno distímico sin buscar la causa de los síntomas que presentaba G.A.M. con el terrible resultado que ha ocasionado”*.

Se indica que fue a partir del 9 diciembre de 2005 cuando el médico “*se puso en alerta*”, habiendo pasado más de dos años de evolución desde los primeros síntomas de la enfermedad.

Se incorpora al expediente administrativo el informe del servicio que se dice causante del daño, como exige el artículo 10 del RPRP, cuando señala que “*En todo caso se solicitará el informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable*”.

En concreto, se incorpora el informe del facultativo interviniente en el Centro de Salud “*Pizarro*” de Leganés, de 14 de agosto de 2008 (folios 157 a 163 del expediente administrativo), del que podemos destacar sus conclusiones: “*1.- Correcto tratamiento en cada uno de los episodios. No se produce mala praxis al pautar codeína para la sintomatología de un proceso infeccioso de vías respiratorias altas para la cual está indicada su utilización (tos y dolor). Se confunde en la reclamación INFECCIÓN con INSUFICIENCIA respiratoria.*

2.- Diagnósticos y actuación acorde a la sintomatología y signos clínicos encontrados en las consultas médicas realizadas y cumplimientos de protocolos según los hallazgos de las mismas. Se confunde un dolor de tipo osteomuscular con dolor de tipo pleurítico. Por lo tanto no se produjo omisión de ninguna prueba diagnóstica al no estar indicada por la evidencia médica.

3.- Fue el conocimiento del estado de salud previo de la paciente (debido al seguimiento longitudinal que se produjo), el que ante la presentación atípica e inespecífica de síntomas el que alertara y se iniciara estudio en busca de patología. Desde el inicio de sintomatología (TAQUICARDIA) hasta el diagnóstico etiológico de la misma transcurre un período de 45 días (del 9 de diciembre de 2005 al 24 de enero de 2006): (...)

4.- Actuación conforme a lex artis en cada acto médico realizado, ajustándose a la evidencia médica en todos los campos: anamnesis, exploración, diagnóstico y tratamiento.”

Consta asimismo el informe del Jefe de Sección de Neumología del Hospital “Severo Ochoa” de Leganés, de 15 de julio de 2008 (folio 166 del expediente administrativo), que se limita a realizar un relato del proceso diagnóstico y de tratamiento de la paciente desde el 27 de enero de 2007 momento a partir de cual fue valorada en dicho centro hospitalario, e informe del Jefe de Servicio de Cirugía Torácica del Hospital “Ramón y Cajal”, de 8 de julio de 2008, que señala que *“Tras ser intervenida quirúrgicamente en abril de 2007, la paciente fue revisada en consulta de Cirugía Torácica sin presentar complicaciones clínicas ni radiológicas en la revisión inicial. Posteriormente el Servicio de Neumología del Hospital Severo Ochoa se pone en contacto con nosotros para notificarnos que existe una rápida progresión de patología bullosa contralateral al lugar de la intervención previa solicitando una valoración para una posible intervención quirúrgica. Dado el rápido deterioro funcional y la progresión de la patología bullosa le recomendamos que consulten con un centro con unidad de Patología respiratoria avanzada, poniéndose en contacto con la clínica Puerta de Hierro para valoración”* (folio 265 del expediente administrativo).

Se incorpora asimismo informe de la Inspección Sanitaria, de 19 de diciembre de 2008 (folios 269 a 277 del expediente administrativo), que después de realizar un relato de los hechos recogidos en la historia clínica concluye que *“los diagnósticos que se le realizaron en las actuaciones que se efectuaron, fueron acordes a la sintomatología referida por la paciente y los signos encontrados en las consultas médicas realizadas”*, abundando en que tanto la asistencia como el tratamiento que le fueron dispensados fueron correctos.

QUINTO.- Una vez cumplido el trámite de audiencia, con fecha 21 de diciembre de 2010, se formula por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, propuesta de resolución de desestimación, considerando que la acción estaba prescrita y además que de la historia clínica no se evidencia la existencia de mala praxis, conclusión a la que se llega a la vista del informe de la Inspección Médica respecto del que se afirma que dada su consideración médica no puede ser puesto en tela de juicio por el órgano instructor.

Dicha consulta fue sometida a informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad que lo emite con fecha 26 de noviembre de 2010, y en el que se considera que no puede compartirse la conclusión de la propuesta de resolución por lo que a la prescripción de la acción se refiere, y señalando en cuanto al fondo del asunto que *“estamos obligados a atender al único informe médico que obra en el expediente administrativo, emitido por la Inspección médica, en el que se concluye que la actuación del médico de familia fue correcta, haciendo los diagnósticos acordes con la sintomatología.*

De dicho informe médico y de la historia clínica de atención primaria, no podemos si no considerar que la tuberculosis se diagnosticó cuando, tras la aparición de sintomatología específica, era adecuado realizar las pruebas que llevaron a un diagnóstico definitivo.”

SEXTO.- Por el Consejero de Sanidad, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Consejera Dña. Rosario Laina Valenciano. El dictamen fue deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 9 de marzo de 2010, por ocho votos a favor y el voto en contra del Consejero Sr. Bardisa, que hace expresa reserva de formular un voto particular al mismo, en el plazo reglamentariamente establecido.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

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.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC.

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

Este Consejo no puede compartir la conclusión de la propuesta de resolución en relación con la prescripción de la acción. Efectivamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC. *“El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.*

La reclamación objeto del presente procedimiento administrativo tuvo entrada en el Registro del Servicio Madrileño de Salud el 21 de abril de 2008, habiendo sido diagnosticada la tuberculosis padecida por la reclamante, el 24 de enero de 2006, siendo dada de alta tras su ingreso

hospitalario, el día 31 de enero de 2006, y continuando en tratamiento ambulatorio durante 6 meses. Ahora bien, consta en el expediente que la reclamante presenta secuelas cuyo alcance se determina con posterioridad. En concreto, presenta bullas en ambos pulmones siendo intervenida del pulmón derecho el 16 de abril de 2007 y siendo dada de alta el 23 de abril de 2007. En cuanto a la bulla del otro pulmón, en la revisión de septiembre de 2007, se observa un mayor crecimiento de esta y mayor empeoramiento funcional (folio 166 del expediente administrativo) por lo que el 1 de abril de 2008 fue valorada por la Unidad de Trasplante Pulmonar del Hospital Puerta de Hierro, desechándose la opción de bullectomía apical izquierda por la presencia de bronquiectasias en parénquima residual, no descartándose la necesidad de un futuro trasplante de pulmón.

Asimismo consta un informe de consulta (que por error está fechado en diciembre de 2007 cuando refiere una consulta de 5 de mayo de 2008, fecha esta última que consideramos es la correcta), redactado para valoración de incapacidad de la reclamante en el que después de describir las lesiones de la reclamante, se hace constar que *“la situación de la paciente es irreversible, y además no se puede descartar progresión, por lo que necesitará evaluaciones continuas”* (folio 138 y 139 del expediente administrativo).

La falta de estabilización de las secuelas y la evolución incierta de las mismas, que imposibilitan determinar su alcance en el momento en que la reclamación fue presentada, llevan a este Consejo a considerar que esta se realizó en plazo.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado en el RPRP, procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la

disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, si bien cabe señalar que se ha superado en exceso el plazo de 6 meses, que para tramitar el expediente se establece en el artículo 13.3 del mismo.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución, Título X, Capítulo Primero, además de la disposición adicional 12^a, de la LRJ-PAC y RPRP, que 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 2.008-, 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 cabalmente causado por su propia conducta.

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.

La apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste 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 (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2.003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

En el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en el ámbito de la cual la Jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que ha de reunir para poder apreciar o no su concurrencia. Así, si la actuación de los servicios públicos sanitarios no pueden garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos permita

diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria, de aquellos otros en los que se va a considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la propia patología del enfermo. Este requisito, que se debe a la Jurisprudencia y a la doctrina, sirve para establecer un límite a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad, evitando así el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una especie de aseguradora universal de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria, no es otro que la infracción del principio de la *lex artis*, que sustentado por la Jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, no naciendo entonces responsabilidad alguna.

En este sentido es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2.007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que *"a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios*

para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente", por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debe ser además antijurídico.

Y a mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que *“prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas”*.

Conforme a las reglas generales aplicables en orden a la carga de la prueba, tanto la violación de la *lex artis* como la existencia de nexo causal, corresponde probarlo al reclamante.

Podemos resumir lo anterior diciendo que no es exigible una actuación administrativa más allá de la buena práctica médica, *lex artis ad hoc*, porque entonces, y aunque nos encontremos con un posible daño, éste no estaría causado por el funcionamiento normal del servicio público, puesto que no puede impedir el daño, no existiendo la necesaria relación de causalidad entre actividad de la Administración y el evento dañoso.

QUINTA.- En el caso que nos ocupa, está acreditada la existencia de un daño consistente en el padecimiento de secuelas derivadas de una tuberculosis, en concreto las bullas existentes en los pulmones, que se imputan a un diagnóstico tardío de la enfermedad, siendo preciso por tanto examinar en primer lugar si las bullas son consecuencia de la evolución de la enfermedad no controlada a su debido tiempo y en segundo lugar si

resulta acreditado el diagnóstico tardío imputado por la reclamante a la Administración actuante (nexo causal y antijuridicidad del daño).

Conviene recordar que conforme con reiterada jurisprudencia la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración recae sobre el reclamante (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1986, 25 de mayo de 1987, 15 de febrero de 1994, 25 de julio de 2003, 30 de septiembre de 2003, 14 de octubre de 2004 y 15 de diciembre de 2005, entre otras), salvo la concurrencia de la fuerza mayor o la existencia de dolo o negligencia de la víctima que corresponde probar a la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo 18 de febrero de 1998, 15 de marzo de 1999, 25 de octubre de 2002, 17 de febrero de 2003, 24 de febrero de 2003, entre otras).

Pero la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (recurso nº 3071/03) y 2 de noviembre de 2.007 (recurso nº 9309/03) y 7 de julio de 2.008 (recurso nº 3800/04). A veces, incluso, el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de junio de 2008 (recurso nº 3768/04) requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad.

Respecto a la relación entre el pretendido retraso en el diagnóstico y la aparición de las graves secuelas padecidas, la reclamante manifiesta en su escrito de alegaciones que, al haber transcurrido un tiempo excesivo las lesiones pulmonares son irreversibles, tanto que le ha sido reconocida una incapacidad absoluta, y que solo le queda un trasplante de pulmón para mejorar su calidad de vida.

Esta vinculación entre la aparición de las bullas y la previa tuberculosis padecida queda corroborada por el informe del Servicio de Neumología del

Hospital Severo Ochoa que considera las mismas como un “residuo” cuando señala que “*al final del tratamiento, en julio de 2006, se evidencia presencia de lesiones residuales en ambos vértices(...)*”. El mismo carácter residual de las lesiones bullosas aparece en el informe de neumología obrante al folio 138 del expediente administrativo, donde describiendo la evolución de la paciente se indica “*Diagnosticada de tuberculosis pulmonar en enero 06, aislando en cultivo de esputo micobacteria tuberculosis. Siguió tratamiento correcto durante 6 meses con tres drogas. La paciente siguió revisiones posteriores donde se evidenció que, en RX de tórax, existían importantes cambios pleuropulmonares en ambos lóbulos superiores, con pérdida de volumen y bullas.*”

Los informes médicos obrantes en el expediente no se pronuncian sobre el tiempo en que la reclamante pudo estar padeciendo la tuberculosis con carácter previo a su diagnóstico, ni sobre la relación de la duración de la existencia de la enfermedad sin tratar y la aparición de las tan meritadas bullas. De manera que por parte de la Administración actuante no se ofrece ninguna explicación plausible y lógica respecto de la aparición de las mismas que pudieran desvincularla del padecimiento previo de tuberculosis por la reclamante. Por ello, resulta de aplicación el principio de la “*facilidad de la prueba*”, antes citado y establecido por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, acreditado el daño por la reclamante, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido.

En todo caso, parece claro y es lógico pensar que el padecimiento continuado de una enfermedad sin tratamiento específico para combatirla puede ocasionar daños que necesariamente serán mayores cuanto mayor sea el tiempo de exposición a la misma. De manera que las bullas padecidas resultarían tanto más graves cuanto mayor hubiera sido el retraso en el

diagnóstico de la tuberculosis alegado por la reclamante, manifestándose en consecuencia una pérdida de oportunidad de curación total y sin secuelas de la tan meritada enfermedad.

Efectivamente, tal y como se pone de relieve en el informe de la inspección médica, el Mycobacterium Tuberculosis tiene la capacidad natural de desarrollar mutaciones espontáneas a los fármacos y de adaptar su metabolismo al medio lo que hace difícil su eliminación, de manera que en tales supuestos las secuelas podrían producirse aún de haberse llegado a un diagnóstico acertado a tiempo por la dificultad de erradicar la enfermedad. Sin embargo, no es este el caso que nos ocupa, puesto que como se ha indicado en el relato fáctico del presente dictamen, la infección por Mycobacterium Tuberculosis padecida por la reclamante era sensible a los fármacos utilizados, tal y como se indica en el informe de alta del servicio que obra al folio 65 del expediente administrativo.

Se plantea entonces si en este caso concurre la indicada pérdida de oportunidad de curación que se produce cuando se ha dejado de practicar una actuación médica o se ha omitido un tratamiento posible, tal y como entre otras se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2008 (recurso de casación 5271/2003).

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010 (recurso de casación nº 5927/2007) *«en la jurisprudencia de esta Sala la pérdida de oportunidad se define –entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008 (recurso de casación núm. 4776/2004) como “la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia*

médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una ‘falta de servicio’». En cuanto a los presupuestos para la aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo, así en la Sentencia de 13 de julio de 2005 RJ 2005\9611, como en la más reciente de 12 de julio de 2007 RJ 2007\4993, expresa que *“para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios”.*

Debe por tanto examinarse si en este caso se ha producido tal situación relevante, en concreto, la presencia de una sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios.

Como resulta del examen de la historia clínica de la paciente y se ha expuesto en el relato fáctico del presente dictamen, la reclamante refirió síntomas de tos, expectoración y fiebre en las consultas de su centro de atención primaria, al que acude el 15 de octubre de 2003, por primera vez refiriendo una pérdida de peso de 14 kilos durante el verano. Reiteró estos síntomas el 19 y 30 de diciembre de 2003, 20 de febrero, 19 de abril, 19 de agosto y 4 de octubre de 2004, 28 de noviembre de 2005 y 20 de enero de 2006.

Por otro lado, consta que se le hizo una primera analítica en la primera consulta de 15 de octubre de 2003 en que se aprecia una ligera leucocitosis de 11.1 mil/mcl, dicha leucocitosis no es seguida por el médico de atención primaria, por considerarlas cifras normales, hasta la consulta de 20 de enero de 2006 en que se anota en el apartado denominado descripción: *“anormalidad leucocitos”*, al haber aumentado la leucocitosis presentada en analítica de 22 de diciembre de 2005, (15.38). De manera que durante

todo el proceso se le realizaron tres análisis de sangre el 15 de octubre de 2003, y el 22 y 28 de diciembre de 2005.

Asimismo la reclamante refiere dolor torácico en la consulta de 3 de noviembre de 2004, donde parece que lo describe como dolor de características mecánicas, si bien en el informe de ingreso en el servicio de neumología se habla de dolor de características pleuromecánicas. También acude a consulta refiriendo dolor en la zona costal derecha, el día 19 de diciembre de 2004, y el 25 de mayo de 2005, si bien en la primera ocasión se atribuye a una contusión y en la segunda a una contractura.

A ello podemos añadir que, junto con el síntoma de la tos, en prácticamente todas las consultas la reclamante refiere astenia, cansancio, malestar general, que se atribuyen por el médico de atención primaria a un trastorno distímico, que a partir del 5 de enero de 2004 es tratado con fluoxetina.

Por último, respecto de los síntomas cardíacos, en consulta del 9 de diciembre de 2005, la paciente refiere palpitaciones, que se repiten en consulta de 21 de diciembre de 2005, donde manifiesta haber tenido que ser atendida por el SUMMA detectándose en el electrocardiograma que se le realizó taquicardia sinusal. De nuevo refiere palpitaciones en consulta de 28 de diciembre, con sensación de ahogo sin esfuerzo, persistiendo la misma sintomatología en consultas de 5 de enero y 20 de enero de 2006, consulta en la que se le prescribe la primera radiografía de tórax.

En relación con el tratamiento de tal sintomatología, el informe del médico de atención primaria que trató a la reclamante señala que “*Desde el inicio de la sintomatología (TAQUICARDIA), hasta el diagnóstico etiológico de la misma transcurre un periodo de 45 días*”. De tal forma que de dicho informe se desprende que la sintomatología específica de la enfermedad es la taquicardia y que solo cuando aparece y en combinación con los síntomas anteriores se procede a realizar una radiografía de tórax.

Sin embargo, esta conclusión está en abierta contradicción con el informe de la inspección médica, que sin perjuicio de que al caso concreto considera que la actuación médica fue correcta, señala que *“Los síntomas de la tuberculosis suelen ser inespecíficos y de duración variable en función de la agudeza en intensidad de los mismos. Consisten en manifestaciones sistémicas, como fiebre entre un 37% a 80% de los casos, sudoración nocturna, un síndrome general de malestar, astenia, anorexia, pérdida de peso.”* Añadiendo más adelante que *“en la tuberculosis pulmonar, además de las manifestaciones sistémicas, el síntoma más común es la tos. La exploración física puede ser completamente normal o evidenciarse estertores, roncus, silibancias, sonidos anfóricos en las áreas con cavitaciones grandes y acropaquias”*.

De manera que la taquicardia, a diferencia de lo afirmado por el médico de atención primaria, no es un síntoma específico que haga sospechar de la existencia de tuberculosis, por lo que no se entiende la afirmación sostenida en el indicado informe del facultativo actuante, cuando señala que fue el conocimiento del estado de salud previo de la paciente el que ante la presentación atípica e inespecífica de síntomas, alertara y se iniciara estudio en busca de patología.

A la vista de todo lo anterior este Consejo considera que la persistencia de un síntoma como la tos y expectoración, -referido al menos en nueve ocasiones-, unido a la pérdida de peso, dolor torácico, astenia, leucocitosis, y cansancio generalizado, en una paciente joven, habrían exigido la realización de algún estudio o prueba diagnóstica para comprobar si existía una patología de base, puesto que, si bien puede ser cierto que el tratamiento de los síntomas individualmente considerados pudo ser correcto en cada caso, el examen conjunto de los mismos, y su persistencia en el tiempo justificarían cuando menos la realización de una prueba tan sencilla, como una radiografía de tórax, prueba que aunque pudiera resultar no definitiva, si se revela como necesaria, tal y como se desprende del

informe de la inspección médica cuando señala que *“los hallazgos de la radiografía de tórax, son muy variables, desde un estudio normal en un 5,8%, infiltrados alveolares mínimos, nódulos, adenopatías, a la presencia de cavitaciones (como es el caso) en el 43% de las formas respiratorias”*. Con el diagnóstico tardío de la enfermedad se ha generado un riesgo no permitido que se traduce en una pérdida de oportunidad que ha de ser objeto de indemnización.

En un caso análogo al que ahora nos ocupa, de un paciente con tuberculosis al que no se le realizó una placa de tórax pese a tener tos persistente, expectoración, pérdida de peso, durante casi un año -síntomas todos ellos padecidos por la reclamante incluso durante más tiempo-, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, afirmó *“De todo lo expuesto se concluye que no se ha proporcionado al recurrente la mejor opción como tratamiento que se concreta en la falta de pruebas diagnósticas lo que ha determinado un retraso en el diagnóstico de la patología que padecía, retraso que ha supuesto que cuando ya se le detecta la enfermedad esta se encuentra en una fase de mayor evolución. Es cierto que no se puede predecir cual hubiera sido el desenlace final de haberse diagnosticado de forma precoz la tuberculosis que se padecía pues no cabe duda de la gravedad de la misma. (...)”* (Sentencia núm. 47/2009 de 28 enero JUR 2009\156699).

SEXTA.- Procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RD 429/1993, emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

La reclamante solicita la cantidad de 261.000.-€, desglosando los días de incapacidad temporal, 9 de hospitalización y 375 días improductivos, así como las secuelas consistentes en la pérdida de capacidad pulmonar, y un perjuicio estético ligero por las cicatrices de la operación.

El concepto de la pérdida de oportunidad no se contempla por la jurisprudencia como un elemento moderador de la indemnización, pues, al amparo del mismo, se otorga una determinada suma “*con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales del tratamiento*” (vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 6ª, de 12 de julio de 2007). Es decir, que la cantidad que se reconoce en concepto de indemnización por pérdida de oportunidad, se concede independientemente de que no se haya podido demostrar la incidencia que haya tenido sobre el desarrollo posterior de la enfermedad.

Por ello, y teniendo en cuenta que no puede predecirse cual hubiera sido el desenlace final de haberse diagnosticado la tuberculosis de forma precoz y si las consecuencias hubieran sido las mismas, corresponde fijar una indemnización no por los daños físicos, sino por el daño moral ocasionado por la falta de atención inmediata a los síntomas reiterados padecidos por la reclamante. Para cuantificar el importe de los daños morales y de acuerdo con la jurisprudencia, debe realizarse una apreciación racional aunque no matemática (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 -RJ 1990/154-), ponderándose todas las circunstancias concurrentes. Por ello, en atención a las circunstancias del caso, procede reconocer una indemnización por todos los conceptos de 50.000.-€.

ÚLTIMA.- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la Ley 30/1992 y 55.2 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid 1/1983, de 13 de diciembre. Cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley, contra el que cabrá recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1 j) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada e indemnizar a la reclamante con 50.000.-€.

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.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. ISMAEL BARDISA JORDÁ.

«Formulo el presente voto particular al Dictamen nº 71/11, emitido sobre el expediente 51/11 aprobado en Comisión Permanente por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su reunión de 9 de marzo de 2011.

Al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, con todo respeto a los criterios expuestos por el resto de Consejeros de este órgano consultivo, formulo voto particular al Dictamen aprobado el 9 de marzo de 2011 sobre consulta planteada por el Consejero de Sanidad, en aplicación del artículo 13.1.c) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora de este Consejo,

por el que se somete a dictamen la reclamación de indemnización por daños y perjuicios, causados por retraso en el diagnóstico y erróneo tratamiento en el Centro de Salud “Jaime Vera” de Leganés, a consecuencia de la tuberculosis pulmonar que padecía la reclamante.

Baso mi discrepancia en dos cuestiones esenciales: la primera, en cuanto a que entiendo que la acción de reclamación patrimonial está prescrita, por el transcurso de más de un año, desde que se pudo ejercitar por la reclamante y, en segundo lugar, en cuanto al fondo, por considerar que la reclamación patrimonial, debe ser desestimada, por adecuarse la actuación sanitaria a la *lex artis*.

A) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC: *“El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*.

En el caso que nos ocupa, no se puede hablar de curación definitiva, ya que la tuberculosis pulmonar que padece la reclamante, es irreversible, como afirman los informes médicos, y es una enfermedad que la paciente deberá soportar durante toda su vida, pero sí se conoce el alcance de las secuelas, precisamente irreversibles. Por tanto, el plazo de prescripción empieza a contar desde el momento que se conoce “el alcance de las secuelas”.

En el Informe de Alta de la paciente, de fecha 31 de enero de 2006, ya se establece el diagnóstico definitivo de la paciente, cuando se dice que padece: Tuberculosis Pulmonar, Insuficiencia respiratoria Aguda Resuelta,

Anemia Microcítica Normocrómica (folio 63 del expediente administrativo).

Es por tanto, a partir de esa fecha (31 de enero de 2006), cuando la reclamante conoce su enfermedad, y su diagnóstico definitivo, y por tanto, es a partir de esa fecha, cuando podía haber ejercitado su derecho a reclamar, pero no lo hace hasta el 21 de abril de 2008, por lo que debemos estimar que la acción para reclamar está prescrita por el transcurso de más de un año. En su escrito de reclamación, la propia reclamante dice que presenta reclamación por daños y perjuicios causados por un supuesto error de realización de las correspondientes pruebas diagnósticas, según aduce, durante dos años, con el consiguiente error de tratamiento, siendo diagnosticada de tuberculosis respiratoria aguda y anemia macrocítica normocrómica.

Existe además, reiterada jurisprudencia, que establece que la acción se puede ejercitar si se conoce el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

En el caso dictaminado, el 31 de enero de 2006, se conocía en toda su extensión el diagnóstico y por tanto, el posible daño ilegítimo, pero no se presenta reclamación hasta el 21 de abril de 2008, fuera de plazo, y por tanto, prescrita la acción de responsabilidad patrimonial.

Dicho de otro modo, <<la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad>> (STS de 28-4-1998), y ello con arreglo al principio de la “*actio nata*” que refleja el artículo 1969 del Código Civil, el cual preserva al accionante <<frente a la extinción de la acción por el transcurso del tiempo sin ejercitarse cuando no se ha podido reunir los elementos indispensables para ello>> (STS de 4-10-1999). Esta teoría ha sido aplicada por la jurisprudencia contencioso-administrativa (además de en las Sentencias citadas, en las de fecha 13-6-2000, 16-5-2002, 20-12-2004,

10-3-2005 y otras). La STS de 13-5-2005 declara: <<sobre el cómputo del plazo de prescripción de un año establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, ésta no puede ejercitarse sino desde el momento en que resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos. Esta doctrina tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de “*actio nata*” (nacimiento de la acción), según el cual, el plazo de prescripción de la acción comienza en el momento en que ésta pueda ejercitarse>>.

El conocimiento del alcance real de los perjuicios permanentes o secuelas, en caso de daños corporales, tiene lugar conforme a la STS de 17-1-2006, que recoge un reiterado criterio, cuando <<se produzca la estabilización o término de los efectos lesivos en la salud del reclamante>>. Así pues, lo esencial es que quede definido perfectamente el daño para que los perjudicados puedan ejercitar eficazmente la reclamación, y la definición del daño acontece cuando concluye la evolución de la dolencia y la merma física que produce debe entenderse consolidada e invariable, aunque no necesariamente irreversible.

La Sentencia reciente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª), Sentencia número 1068/2010 de 5 de octubre, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece en relación con el plazo de prescripción, que el *dies a quo* será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (sentencias, entre otras, de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero de 1994 y 5 de octubre de 2000).

Pero ello, no supone que el plazo quede abierto de manera indefinida, sino que en todo caso y como indican tales sentencias, ha de estarse al momento en el que se concreta el alcance de las secuelas, de manera que el

carácter crónico o continuado de la enfermedad no impide conocer en un determinado momento de su evolución su alcance y secuelas definitivas o al menos de aquellas cuya reparación se pretende.

El hecho de que el tratamiento médico y el internamiento hospitalario perduren en la actualidad, no son obstáculos para mantener la expresada postura. El tratamiento dispensado en un centro sanitario está destinado no a la curación de una lesión ya calificada como irreversible, sino a paliar las diferentes dolencias aparejadas a la postración e invalidez del enfermo.

B) FONDO DEL ASUNTO.

Considero que la reclamación de responsabilidad patrimonial también debe ser desestimada por adecuación de la actuación sanitaria a la *“lex artis”*.

En el caso a que se refiere el dictamen, está acreditada la existencia de un daño consistente en las secuelas derivadas de una tuberculosis, pero no existe ninguna prueba objetiva que demuestre que ha existido una mala praxis médica en las actuaciones médicas que se contienen en toda la historia clínica de la paciente, sino todo lo contrario, ya que en todos los informes médicos que se encuentran en el expediente, se deja claro que la actuación médica fue correcta y ajustada a los protocolos médicos. En este sentido, se incorpora el Informe de la Inspección Sanitaria, de 19 de diciembre de 2008 (folios 269 a 277 del expediente administrativo), que después de realizar un relato de los hechos recogidos en la historia clínica, concluye que *“los diagnósticos que se le realizaron en las actuaciones que se efectuaron, fueron acordes a la sintomatología referida por la paciente y los signos encontrados en las consultas médicas realizadas”*, abundando en que tanto la asistencia como el tratamiento que le fueron dispensados fueron correctos.

Existe reiterada jurisprudencia que establece que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración recae sobre el reclamante (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1986, 25 de mayo de 1987, 15 de febrero de 1994, 25 de julio de 2003, 30 de septiembre de 2003, 14 de octubre de 2004 y 15 de diciembre de 2005, entre otras), salvo la concurrencia de fuerza mayor o la existencia de dolo o negligencia de la víctima que corresponde probar a la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1998, 15 de marzo de 1999, 25 de octubre de 2002, 17 de febrero de 2003, 24 de febrero de 2003, entre otras).

El dictamen aprobado por el Consejo Consultivo, e impugnado por este Consejero, dicho sea con todos los respetos, establece que “la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración, y complicada para el reclamante” (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre –Recurso nº 3071/03–, de 2 de noviembre de 2007 –Recurso nº 9309/03– y 7 de julio de 2008 –Recurso nº 3008/04–).

Este Consejero manifiesta su conformidad y su respeto a la doctrina jurisprudencial señalada, pero no puede dar su conformidad a la interpretación que se ha dado en el dictamen impugnado, ya que en el caso que nos ocupa, la reclamante no ha presentado ninguna prueba que demuestre que ha existido mala praxis médica, sólo acredita que le ha sido reconocida por la Administración una incapacidad absoluta, pero no aporta ninguna prueba que acredite, que ello ha sido consecuencia de una actuación médica contraria a la “*lex artis*”.

Existe, *a sensu contrario*, el Informe de la Inspección Sanitaria que establece como conclusiones:

1- Todos los diagnósticos que se le realizaron y las actuaciones que se efectuaron, fueron acordes con la sintomatología referida por la paciente y los signos encontrados en las consultas médicas realizadas.

2- El tratamiento que se le pautó a G.A.M. en cada uno de los episodios, fue el adecuado.

3- La asistencia prestada a G.A.M. ha sido correcta.

La asistencia como los tratamientos dispensados y los Informes del facultativo interviniente en el Centro de Salud “Pizarro” de Leganés, del Jefe de Sección de Neumología del *Hospital Severo Ochoa* de Leganés, y del Jefe de Servicio de Cirugía Torácica del *Hospital Ramón y Cajal*, que señalan que “los diagnósticos y actuación médica fueron acordes a la sintomatología y signos clínicos encontrados en todas las consultas médicas realizadas, no produciéndose la omisión de ninguna prueba diagnóstica” y que “la actuación médica fue conforme a la *lex artis*, en cada acto médico realizado, ajustándose a la evidencia médica en todos los campos: anamnesis, exploración, diagnóstico y tratamientos”.

Tres informes de tres especialistas, de tres diferentes centros médicos, Centro de Salud “Pizarro” de Leganés, “Hospital Severo Ochoa” de Leganés, y “Hospital Ramón y Cajal” de Madrid, que establecen que la asistencia sanitaria prestada a la reclamante ha sido la correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc*.

Por todo ello, considero que además de la excepción de prescripción, si se entra en el fondo de la cuestión, la reclamación de responsabilidad patrimonial debía haber sido desestimada.

Lo que firmo en Madrid a 16 de marzo de 2011».

Madrid, 16 de marzo de 2011