

Dictamen nº: **21/19**

Consulta: **Consejero de Sanidad**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **24.01.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 24 de enero de 2019, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D., por los daños y perjuicios derivados del retraso en la realización de pruebas diagnósticas en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 8 de noviembre de 2016, el reclamante, asistido de letrada, presenta en el Registro del Servicio Madrileño de Salud una reclamación de responsabilidad patrimonial.

En ella refiere que por alteración analítica fue remitido por su médico de Atención Primaria al Hospital Universitario Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares (en adelante, HUPA) donde acudió el 16 de junio de 2016 y le confirmaron que padecía anemia “*por lo que se extrae estudio previo a transfusión de 3 concentrados de hematíes*”, recibiendo alta al día siguiente por “*fin de atención*” con tratamiento y

la recomendación de acudir a consulta de Medicina Interna para estudio de anemia, el 23 de junio de 2016.

Precisa, que cuando se le dio de alta en el Servicio de Urgencias del HUPA tenía un nivel de hemoglobina de 10.9 y tras acudir a la consulta de Medicina Interna el 23 de junio de 2016, fue citado para una gastroscopia y una colonoscopia, ambas con anestesia, cinco meses más tarde desde el ingreso en el HUPA; concretamente, el 29 de noviembre de 2016 a las 9:20 y 8:25 horas, respectivamente.

Ante ello, decidió a finales del mes de junio darse de alta en una compañía de seguros y acudir a la sanidad privada donde le realizaron el 5 de julio de 2016 una colonoscopia y panendoscopia oral que fueron informadas con idéntica fecha. También se realizó en la sanidad privada un estudio anatomopatológico, colposcopia y TAC toracicoabdominal con hallazgos altamente sugestivos de neoplasia de ángulo hepático de colon (35 cm) de aproximadamente 7-8 cm de longitud, localmente avanzado, sin datos de perforación ni obstructivos, por lo que tuvo que ser intervenido rápidamente recibiendo alta el 2 de agosto de 2016.

No cuantifica el importe total de la indemnización solicitada pero especifica que se le indemniza, 1.666 euros, importe de un crucero que pagó el 9 de mayo de 2016 y tuvo que anular por la enfermedad, los gastos de desplazamiento a Madrid para ser asistido en la sanidad privada y los daños morales.

Acompaña al escrito de reclamación diversa documentación médica, partes de incapacidad temporal por contingencias comunes, varios billetes de tren, la factura y transferencia de pago de un crucero.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente, al que se ha incorporado la historia clínica, procedemos a destacar los hechos que resultan de interés para la emisión del Dictamen.

El paciente, de 59 años de edad en el momento de los hechos, con antecedentes de litotricia y cardiopatía isquémica acude el 16 de junio de 2016 a Urgencias del HUPA, remitido desde su médico de Atención Primaria por anemia, con un nivel de hemoglobina de 8,6. Refiere disnea a mínimos esfuerzos desde diciembre de 2015 sin signos de insuficiencia cardiaca, no refiere pérdida de peso, astenia ni anorexia. Se realiza exploración física y pruebas complementarias: analítica y radiografía de tórax.

La analítica confirma la anemia y se realiza transfusión de 3 concentrados de hematíes. Estable clínica y termodinámicamente, y con hemoglobina de 10,9, recibe alta el 17 de junio de 2016 con diagnóstico de anemia, tratamiento de ferro gradumet 1 comprimido cada 24 horas y la recomendación de acudir a consulta de Medicina Interna para estudio de la anemia el día 23 de junio de 2016 a las 15:30 horas al HUPA.

El 23 de junio de 2016 acude a consulta de Medicina Interna del HUPA. En la consulta refiere ardor epigástrico y pirosis, sin alteración en las deposiciones y sin náuseas. Se realiza exploración física, se reduce la dosis de ácido acetilsalicílico, se prescribe un protector gástrico y se solicita analítica y estudio digestivo consistente en gastroscopia y colonoscopia con anestesia, de forma preferente.

El paciente es citado para realizar dichas pruebas, el 29 de noviembre de 2016.

El 24 de junio de 2016 acude a consulta de Atención Primaria. El médico anota “*el paciente va a realizar las pruebas en seguro privado*” y solicita analítica para comprobar hemograma.

El 5 de julio de 2016 se realiza en la sanidad privada la colonoscopia y panendoscopia oral. También se realiza TAC

toracoabdominal en la sanidad privada y ante los hallazgos altamente sugestivos de neoplasia en ángulo hepático de colon (35 mm), de aproximadamente 7-8 cm. de longitud, sin datos de perforación ni obstructivos, ingresa el 26 de julio de 2016 en un centro sanitario privado para cirugía programada realizándose hemicolectomía y linfadectomía.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación, se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Por oficio de la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas de 24 de noviembre de 2016, se solicitaba al reclamante la presentación de la reclamación por medios electrónicos al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.2 de la LPAC, lo que fue cumplimentado.

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del reclamante del HUPA y del Centro de Salud Carmen Calzado, ambos de Alcalá de Henares (folios 116 a 498).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC se ha recabado el informe del jefe de Admisión del HUPA que con fecha 27 de febrero de 2017 informa que el paciente fue visto en Urgencias el 16 de junio de 2016 y dado de alta con una cita para Medicina Interna el día 23 de junio de 2016 “*En dicha consulta se le solicita una gastroscopia+colonoscopia con anestesista que, por la demora que en dicho momento había para esta técnica doble, se le cita para el 29 de noviembre de 2016*”.

Se ha incorporado al expediente un informe del jefe de Servicio de Medicina Interna de 29 de marzo de 2017 que una vez revisada la

historia clínica expresa que el paciente fue valorado en dicho servicio y se solicitaron, “*los estudios endoscópicos (gastroscopia y colonoscopia) con anestesia para que se efectuaran en un mismo acto médico y con carácter PREFERENTE*”, calificando como “*rápida e irreprochable*” la actuación del Servicio de Medicina Interna. Prosigue el informe señalando que “*Medicina Interna no tiene posibilidad de adelantar citas, variar y organizar agendas de pruebas complementarias que deben realizar otros Servicios del Hospital*” y adjunta el informe del médico que atendió al paciente en dicho servicio.

En su informe de 24 de marzo de 2017, el médico del Servicio de Medicina Interna que atendió al reclamante refiere que «*el paciente en el momento de ser valorado se encuentra en situación hemodinámicamente estable, refiriendo sintomatología de ardor epigástrico y pirosis, sin otras alteraciones mencionables. Pese a su estabilidad, pero ante el antecedente de anemia ferropénica severa, se procede a solicitar estudio digestivo consistente en gastroscopia y colonoscopia simultáneas con anestesista, de forma “Preferente” (como consta en volante de solicitud adjunto en historia clínica), junto con analítica completa y tratamiento de su sintomatología digestiva alta*». Considera, que en la reclamación no existe reproche alguno a la asistencia dispensada en el Servicio de Medicina Interna y respecto a la cita del 29 de noviembre de 2016 para realizar la gastroscopia y colonoscopia indica, que fue solicitada por él pero que en ningún momento tuvo conocimiento de que la cita preferente “*se retardara más de lo habitual*”. Expresa, que dicha cita no depende del Servicio de Medicina Interna, sino del Servicio de Digestivo y Admisión Central que son los que llevan la organización administrativa del centro sanitario. A su juicio, “*es evidente, dicha cita no se corresponde con el término preferente solicitado por mí, término que se debe entender dentro del ámbito hospitalario como algo a realizar en días o escasas semanas a partir de la petición*”. Finalmente expresa que en situaciones parecidas

la única opción administrativa ha sido el consejo al enfermo de formular reclamación escrita al Servicio de Atención al Paciente en la Administración del hospital “*que es de quien, en última instancia, depende la organización de los servicios*”.

Asimismo, figura en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria en el que tras examinar la historia clínica y los informes emitidos realiza el siguiente juicio clínico: “*Tras el diagnóstico de anemia microcítica importante que precisa la transfusión de tres concentrados de hematíes la citación de una prueba diagnóstica, solicitada preferentemente, cinco meses después no es razonable. Siendo la actuación del Servicio de Medicina Interna adecuada. Dado que el paciente optó, de forma voluntaria, por acudir a la sanidad privada y teniendo en cuenta que los tumores de colon son de crecimiento muy lento no se puede indicar el grado de perjuicio*

Emitidos los anteriores informes se confirió trámite de audiencia al interesado. El 26 de septiembre de 2018 presentó alegaciones reiterando en síntesis la relación de hechos formulada en el escrito de reclamación. Respecto a la cuantía económica también reitera se le indemnizan los gastos de la cuota mensual de la sanidad privada, el viaje que no pudo realizar y el coste de la gasolina para realizar los desplazamientos a Madrid hasta el alta definitiva. Adjunta diversa documentación médica de la sanidad privada y una relación manual de fechas de visitas.

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad ha formulado propuesta de resolución de 26 de octubre de 2018 en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial al considerar que no pueden catalogarse de mala praxis las actuaciones realizadas, no existe antijuridicidad del daño ni tampoco la necesaria relación de causalidad.

CUARTO.- Emitida la propuesta de resolución, el consejero de Sanidad formula preceptiva consulta que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 27 de noviembre de 2018.

Ha correspondido su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D.^a Rosario López Ródenas, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 24 de enero de 2019.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de estos 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 26 de diciembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se regula en la LPAC según establece su artículo 1.1. y su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de una reclamación presentada tras la entrada en vigor de dicha norma. Su regulación debe completarse con

lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), cuyo capítulo IV del Libro Preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En lo que respecta a la legitimación activa, el reclamante ostenta dicha legitimación para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP por cuanto que es la persona que ha recibido la asistencia sanitaria objeto de reproche.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por el servicio de un centro hospitalario público perteneciente a su red asistencial.

Desde un punto de vista temporal, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año que se contará, cuando se trate de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el caso sujeto a examen, el daño se produciría desde que tuvo conocimiento de la fecha de cita para la realización de las pruebas diagnósticas, el 23 de junio de 2016, por lo que la reclamación formulada el 8 de noviembre de 2016, está presentada en plazo legal.

En la tramitación del procedimiento se han seguido los trámites legales y reglamentarios previstos en la LPAC.

Durante la instrucción del procedimiento, se han incorporado los informes de los servicios médicos implicados en el proceso asistencial del paciente (Servicio de Admisión y Servicio de Medicina Interna del HUPA). También ha emitido informe la Inspección Sanitaria.

Asimismo, se ha dado trámite de audiencia, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC y finalmente se ha redactado la necesaria propuesta de resolución.

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.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: “*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), señalan que la responsabilidad patrimonial requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 LRJ-PAC (actualmente, artículo 32 de la LRJSP):

- 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 cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 “*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*”.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2016 (recurso 1153/2012) «*que cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando 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, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de*

acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico».

CUARTA.- En el caso que nos ocupa está acreditado mediante los informes médicos y la historia clínica obrante en el expediente, que el reclamante acudió el 16 de junio de 2016 al médico de Atención Primaria por anemia con hemoglobina de 8.6 por lo que fue derivado al HUPA. En Urgencias de dicho centro hospitalario se exploró físicamente, se confirmó el dato analítico y se le transfunden tres concentrados de hematíes recibiendo alta el 17 de junio de 2016, estable clínica y hemodinámicamente, con una hemoglobina de 10.9, y diagnóstico de anemia microcítica en paciente anticoagulado y con cita para estudio de anemia el día 23 de junio de 2016 a las 15:30 horas en consulta de Medicina Interna. En dicha consulta, el paciente refirió semanas de ardor epigástrico/pirosis sin alteraciones en la deposición. Con diagnóstico de anemia microcítica severa, epigastralgia y pirosis se reduce la dosis de ácido acetilsalicílico, se prescribe un protector gástrico y se solicita analítica, gastroscopia y colonoscopia con anestesia preferente, siendo citado para la realización de dichas pruebas, el 29 de noviembre de 2016.

Asimismo resulta acreditado que en consulta de Atención Primaria del día 24 de junio de 2016 el paciente manifestó que iba a realizar dichas pruebas en la sanidad privada, que el 27 de junio de 2016 se realizó la analítica pautada por el médico de Atención Primaria en el Centro de Salud Carmen Calzado y que el 5 de julio acudió a la sanidad privada para la realización de la colonoscopia y panendoscopia oral y para las sucesivas pruebas que diagnosticaron un adenocarcinoma de colon moderadamente diferenciado T3NOMx estadio IIA y tuvo que ser tratado mediante hemicolectomía y linfadenectomía, requiriendo tratamiento quimioterápico adyuvante (12 ciclos).

El interesado no realiza reproche alguno a la asistencia sanitaria que le fue dispensada en el Servicio de Urgencias y en el Servicio de Medicina Interna del HUPA. Tampoco la Inspección Sanitaria realiza consideración negativa alguna al calificarla de “*adecuada*”.

El reproche del reclamante viene referido al retraso de la cita para la realización de las pruebas indicadas por el Servicio de Medicina Interna pues sostiene que la demora de cinco meses para su realización motivaron que tuviera que acudir a la sanidad privada.

En efecto, resulta de la historia clínica que el médico del Servicio de Medicina Interna solicitó con carácter preferente las pruebas el día 23 de junio de 2016 y, pese a que no consta en el expediente la fecha en la que el interesado solicitó la cita, si consta que fue citado para su realización el 29 de noviembre de 2016.

Así pues, el interesado reprocha la demora de cinco meses en la realización de las pruebas diagnósticas por lo que tuvo que acudir a la sanidad privada donde le realizaron las pruebas precisas y le diagnosticaron una neoplasia de colon, pero también resulta de la historia clínica que el interesado el día 24 de junio de 2016 manifestó al médico de Atención Primaria su decisión de acudir a un centro privado para la realización de las pruebas diagnósticas.

En cuanto al sistema de citas, ya hemos señalado en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, así nuestro Dictamen 532/16, de 24 de noviembre, que el sistema de espera ha sido declarado válido por los Tribunales [sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001 (recurso 4596/1997) y sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003 (recurso 561/2001)].

Partiendo de la juridicidad de la lista de espera reconocida por los tribunales, se trata de determinar si el interesado reunía los requisitos necesarios para haber priorizado su cita con carácter urgente, en lugar

de preferente, pues no se trata de exigir a la Administración “*que disponga de medios ilimitados-lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles, dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que presentaban una patología que requiere una intervención urgente*” (*Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003*)”.

En este caso el interesado no ha aportado ninguna prueba que nos permita considerar que debía haberse realizado de forma urgente las pruebas diagnósticas.

No obstante resultar inadecuado que la administración sanitaria demore en cinco meses la realización de las pruebas en cuestión, circunstancia que la Inspección Sanitaria califica de no razonable, en este caso, lo cierto es que al interesado se le indicó la realización de las pruebas el día 23 de junio de 2016 y al día siguiente, en consulta del médico de Atención Primaria manifestó su intención de realizar dichas pruebas en la sanidad privada, adonde acudió voluntariamente para su realización. También unilateralmente permaneció en la sanidad privada para continuar con el proceso asistencial.

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, ni la historia clínica ni los informes obrantes en el expediente evidencian que se tratara de un supuesto de urgencia vital, ni el interesado ha aportado prueba alguna de la concurrencia de dicha circunstancia y ha quedado acreditado que el reclamante, al día siguiente de prescribirle las pruebas, abandonó la sanidad pública y solicitó la realización de las mismas en la sanidad privada.

Lo expuesto hasta ahora permite entender que pese a ser citado el 29 de noviembre de 2016 para la realización de las pruebas, no hubo en este caso, ni situación de urgencia vital objetivada, ni desatención en los servicios sanitarios públicos sino que fue una decisión voluntaria y unilateral del interesado acudir a la medicina privada, lo que impide acoger los perjuicios invocados.

Además, no existe relación causal entre los daños que reclama y el funcionamiento del servicio público sanitario pues se trata de gastos que derivan de una decisión voluntaria y ajena a la asistencia sanitaria pública y además, tampoco resultan acreditados pues no presenta la documentación justificativa del pago de la cuota mensual de la sanidad privada ni de la gasolina que reclama por los desplazamientos. Respecto al viaje, tampoco existe relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público sanitario pues la causa de su no realización fue su enfermedad. Además, consta entre la documentación aportada la contratación de un seguro de cancelación que debería reintegrar la cuantía abonada.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado mala praxis en la asistencia sanitaria prestada al interesado ni resultar antijurídico el daño.

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 24 de enero de 2019

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 21/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid