

Dictamen nº: **42/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.01.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 26 de enero de 2017, emitido ante 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 relación con la reclamación formulada por M.E.E.R. (en adelante “*la reclamante*”) por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria en el Hospital Universitario de Getafe (HUG).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30 de diciembre de 2014, la reclamante, asistida por dos abogados colegiados, presentó un escrito en el registro de la Consejería de Transportes, Infraestructura y Vivienda solicitando una indemnización por los daños y perjuicios supuestamente derivados de la asistencia sanitaria prestada en el citado centro sanitario.

El escrito comienza por justificar que está interpuesto en plazo, toda vez que la reclamante padece unos daños continuados como se deriva de que continúe recibiendo asistencia sanitaria de los servicios de salud mental y de atención primaria así como por los resultados de un TAC que muestra una hiperplasia tímica secundaria y de su

diagnóstico de trastorno adaptativo ansioso depresivo reactivo a enfermedad oncológica.

Tras esta salvedad la reclamación comienza a relatar que en el año 2010 la reclamante deseaba quedarse embarazada por lo que tomaba ácido fólico.

Al padecer diversas molestias fue remitida por su médico de atención primaria a Ginecología del HUG que, el 8 de abril de 2010, detectó ciertas anomalías en unos análisis. En marzo de 2010 se realizó una ecografía que mostró una tumoración quística multilocuada con septos y nódulos sólidos.

El 18 de marzo de 2010 se realiza un TAC que muestra lesiones quísticas de gran tamaño sospechosas de proceso neoplásico ovárico bilateral. Se decide su extirpación e ingresa en la lista de espera el 10 de abril.

El 15 de abril de 2010 acude a Urgencias del Hospital de Leganés donde se detecta un incremento de antígeno carcinosómico (CA) y se propone exéresis urgente.

El 18 de abril de 2010 es intervenida en el HUG realizándose una histerectomía, doble anexectomía y linfadenectomía pélvica y aortica.

Recibe el alta el 24 de abril y pasa a ser controlada por el Servicio de Oncología que pauta quimioterapia hasta septiembre de 2010. Destaca la reclamante que este Servicio le advirtió de la gran posibilidad de recidivas.

El 23 de septiembre de 2010 se le diagnostica una epigastralgia.

Se realizan TAC en mayo y septiembre de 2010, y enero y mayo de 2011, que resultan normales.

Recibe tratamiento psicológico por ansiedad y en mayo de 2011 sufre un shock anafiláctico al taxol que considera inadecuadamente supervisado.

Recibe finalmente el alta de Oncología el 20 de mayo de 2011 y se le remite a las revisiones pautadas.

Añade la reclamación que recibió la incapacidad permanente absoluta y aporta un informe psicológico de 19 de octubre de 2011 en el que se recoge que la reclamante padece pensamientos rumiativos sobre la actuación de algún médico y sobre los riesgos de su lugar de trabajo.

Continúa la reclamación afirmando que *“los asesores médicos de esta representación”* no se explican el inadecuado seguimiento realizado a la reclamante.

El 4 de julio de 2012 acude a Urgencias de HUG siendo diagnosticada de dolor abdominal inespecífico y remitida a su domicilio para observación. La reclamación critica que no se realizase ecografía ni determinados análisis.

El 31 de agosto de 2012 se detecta un incremento notable del antígeno carcinosómico y el 17 de septiembre de 2012 en el TAC una adenopatía que no existía en el anterior.

Entiende la reclamación que existe un retraso diagnóstico de 11 meses según protocolos y que se trató de forma inadecuada la hipersensibilidad al taxol.

Considera por todo ello que existen los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y solicita una indemnización por importe que no determina.

Aporta diversa documentación médica y solicita el recibimiento del procedimiento a prueba.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo al que se ha incorporado la historia clínica del HGU y de Atención Primaria ha puesto de manifiesto los siguientes hechos.

La reclamante, nacida en 1972, acudió por dolor abdominal a su médico de atención primaria el 15 de enero de 2010, prescribiendo la realización de una ecografía que fue realizada el 22 de marzo de 2010 en la que se apreció una tumoración quística multilobulada compatible con tumoración ovárica.

Es remitida de forma preferente a Ginecología si bien afirma que acudirá al HUG al trabajar en dicho Hospital. Solicita saber qué tipo de quiste es, porqué se produce y que le van a hacer. Se anota en la historia: *“Le explico que eso no lo dice la eco”*.

Acude a Ginecología del HUG donde tras exploración, TAC y otras pruebas diagnósticas se realiza histerectomía abdominal, doble anexectomía, omentectomía, linfadenectomía pélvica y aortica (folio 222). El diagnóstico anatomopatológico es de carcinoma ovárico bilateral de alto grado con afectación de la superficie serosa ovárica bilateral. Recibe el alta de 24 de abril de 2010.

Comienza tratamiento quimioterápico (previa firma de consentimiento informado) que finaliza en septiembre de 2010. Presenta al inicio hipersensibilidad al taxol que se soluciona con esteroides.

En octubre de 2010 pasa a revisiones periódicas.

El 4 de julio de 2012 acude a Urgencias del HUG por dolor abdominal. Se anota que no existe evidencia de recidivas hasta ese momento. Tras la realización de unos análisis recibe el alta por no presentar patología urgente y se remite a estudio ambulatorio solicitando una ecografía (folios 227-229).

No acude a la revisión del 10 de octubre de 2012, si bien, al apreciarse en la analítica una elevación del antígeno, se contactó telefónicamente con la reclamante para que acudiese y se le informó de una recidiva. Ante las dudas de la reclamante sobre el origen de su patología se ofreció la realización de un TAC que confirma la existencia de una recidiva.

Recibe seis nuevos ciclos de quimioterapia a cuya finalización un TAC permite apreciar que no mostraba signos de enfermedad macroscópica por lo que se encontraba en remisión absoluta, si bien se administra Bevacizumab trisemanalmente para evitar nuevas progresiones de la enfermedad.

A fecha 17 de febrero de 2015 la reclamante no muestra signos de recidiva.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

Emite informe el 19 de febrero de 2015 el jefe de sección de Oncología Médica del HUG en el que relata la asistencia prestada y destaca que este tipo de cáncer tiene una supervivencia media a cinco años del 10-20% por lo que están muy satisfechos del resultado al estar la reclamante en situación de remisión completa y en tratamiento por esa Sección para evitar nuevas progresiones de la

enfermedad. Si bien la reclamante puede padecer efectos secundarios de la quimioterapia entiende que, ante su finalidad (conservar la vida de la enferma), son más que aceptables.

En informe sin fechar la Inspección Sanitaria considera que la actuación sanitaria fue correcta salvo en la asistencia en Urgencias el día 4 de julio de 2012 al entender que no se tuvo presente la posibilidad de recidiva si bien no considera que ello tuviera consecuencias.

El 19 de febrero de 2016 se concede trámite de audiencia

El 11 de marzo de 2016 presenta escrito de alegaciones en el que se ratifica en su reclamación y aporta un informe sin firmar con el membrete “*Periciales médicas*” en el que se considera incorrecta la asistencia prestada.

En dicho escrito se solicita una indemnización de 134.676,94 euros y se pide que se aporten al expediente “*las hojas de tratamiento oncológico del Hospital de Día del Hospital Universitario de Getafe*”.

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución, de 20 de mayo de 2016, en la que propone al órgano competente para resolver la desestimación de la reclamación por entender correcta la actuación sanitaria.

El 3 de junio de 2016 se remitió el expediente a esta Comisión Jurídica Asesora que emitió el Dictamen 296/16, de 7 de julio, en el que proponía la retroacción del procedimiento para la emisión de informe del Servicio de Urgencias del HUG con posterior remisión a la Inspección Sanitaria y concesión del trámite de audiencia.

El 26 de julio de 2016 emite informe el Servicio de Urgencias que analiza tres aspectos de su actuación criticados en la reclamación.

En primer lugar, respecto a si se tuvo en cuenta la posibilidad de recidiva, destaca que en la historia clínica se recogió el antecedente de enfermedad tumoral si bien la anamnesis no reveló ningún dato que hiciera pensar en un problema urgente si bien, ante esos antecedentes, se planteó ampliar el estudio realizando una ecografía reglada preferente, es decir, en unas pocas semanas.

En segundo lugar, sobre la posible realización de una ecografía urgente destaca que hasta el 40% de los pacientes son dados de alta en Urgencias con dolor abdominal inespecífico. En el dolor en el cuadrante inferior derecho del abdomen ha de hacerse un diagnóstico diferencial que incluye múltiples enfermedades y en caso de la reclamante (mujer de 40 años con dolor abdominal desde hace 15 días) ha de pensarse en otras enfermedades y no solo la recidiva tumoral.

La duración de 15 días permite descartar muchos diagnósticos que requerirían una atención inmediata. En la exploración física no aparecieron signos de alarma. Se solicitaron análisis de sangre y orina en los que los leucocitos totales y los leucocitos neutrófilos fueron normales así como la proteína C reactiva.

Por todo ello se descartó la necesidad de realizar una ecografía urgente que sí procedería ante otras situaciones como son los traumatismos abdominales, patología biliar aguda, sospecha de abscesos intraabdominales, patologías nefrourológicas, embarazos ectópico, apendicitis, aneurisma de aorta o el shock de origen incierto.

Por ello se propuso a la reclamante continuar el estudio de forma ambulatoria mediante una ecografía preferente.

Por último, el informe alude a la posible determinación de marcadores tumorales considerando que es una prueba que no corresponde su realización a los Servicios de Urgencias.

El 19 de agosto de 2016 la Inspección Sanitaria emite un informe complementario al anterior.

En primer lugar pone de relieve un error material en su informe anterior en su primera conclusión.

Por lo demás se muestra plenamente conforme con el informe del Servicio de Urgencias y considera que su actuación en cuanto a tener en cuenta la posibilidad de recidiva, la no realización de una ecografía remitiendo a su realización de forma preferente por los servicios ambulatorios y la improcedencia en Urgencias de solicitar marcadores tumorales, fue plenamente correcta.

Por ello se ratifica en sus conclusiones del informe anterior excepto en la primera de la cual se retracta.

Se concede trámite de audiencia a la reclamante que presenta escrito de alegaciones el 29 de septiembre.

Considera que hubo un seguimiento inadecuado de las analíticas trimestrales que indicaban una recidiva. Critica que no se realizase una prueba de intolerancia al taxol y que en la bioquímica sanguínea de 25 de octubre de 2012 el marcador CA 125 alcanzase una cifra de 1429,6 U/ml cuando la cifra normal es de 40.

Por todo ello se ratifica en su reclamación.

El viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución, de 15 de noviembre de 2016, en la que propone al órgano competente para resolver la desestimación de la reclamación por entender correcta la actuación sanitaria.

CUARTO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 23 de diciembre de 2016, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 26 de enero de 2017.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró 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, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros 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 (ROFCJA).

Con carácter previo, hemos de señalar que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera a) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a este procedimiento le resulta de

aplicación la normativa anterior por haberse iniciado antes de su entrada en vigor.

El dictamen ha sido emitido en el plazo establecido en el artículo 23 del ROFCJA.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria que considera incorrecta .

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó en centros sanitarios públicos.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En este caso la ha padecido un proceso tumoral que recibió asistencia sanitaria y que fue declarado remitido el 17 de febrero de 2015, aun cuando sigue en tratamiento, por lo que ha de considerarse que la reclamación está en plazo en cuanto a la recidiva tumoral.

Por el contrario no puede considerarse en plazo la reclamación por el daño ocasionado por la hipersensibilidad al taxol que se administró en septiembre de 2010 y que se solucionó con la administración de esteroides, daño respecto del cual la reclamación interpuesta en diciembre de 2014 es claramente extemporánea.

En cuanto al cumplimiento de los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el RPRP se ha incorporado, conforme el artículo 10 del RPRP, el informe del Servicio al que se atribuye la producción del daño y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

Se ha solicitado el informe de la Inspección Sanitaria con el resultado ya expuesto.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJP-PAC y, en la actualidad, en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el citado artículo 139, es necesario que concurra:

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.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño (así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)).

CUARTA.- La reclamación considera que existió una actuación sanitaria incorrecta en cuanto hubo un retraso en el diagnóstico de la recidiva y además no hubo estudios previos que permitieran evitar la hipersensibilidad al taxol.

En cuanto a este último aspecto de la reclamación, además de estar prescrito tal y como hemos indicado, conviene destacar que la reclamante firmo el documento de consentimiento informado en el que declaraba conocer los efectos secundarios de tal medicamento (folio 173).

En las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial el criterio determinante es el cumplimiento o no de la *lex artis*, en cuanto buena práctica médica. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004) define este concepto indicando (FJ 4º), que: *“según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate.”*

Igual definición se recoge en la jurisprudencia civil, así la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 30 de marzo de 2012 (recurso 1050/2009) considera que:

“(...) es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles.”

Por ello, la Administración no causa un daño antijurídico si su actuación no ha sido efectiva, pese a haberse aportado los medios necesarios actuando conforme la *lex artis* tal y como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (recurso 2192/2010) y la más reciente de 11 de abril de 2014 (recurso 4221/2012).

Como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso 154/2013) recuerda que: *“Las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”*.

La reclamante no aporta ningún informe pericial sino tan solo un *“informe viabilidad”* (folios 600-605) sin firma y que no cumple los requisitos de los artículos 335 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil desconociéndose su autor y la razón de su ciencia, realizando diversas consideraciones excesivamente genéricas y obviando datos importantes como la ausencia de la reclamante a una cita en octubre

de 2012 cuando ya se había detectado la elevación del antígeno y que obligó a llamar por teléfono a la reclamante.

Por el contrario las explicaciones de los Servicios de Oncología y Urgencias, avaladas por el criterio de la Inspección Sanitaria, explican que la asistencia sanitaria fue en todo momento correcta. Las decisiones adoptadas en el proceso tumoral permitieron su remisión y, posteriormente, en las revisiones periódicas se detectó una elevación del antígeno CA 12.5 que determinó que se avisara a la reclamante (que, recordemos, no había acudido a una cita programada) comprobándose que se había producido una recidiva, recibiendo nuevo tratamiento que ha permitido la remisión absoluta.

En cuanto a la atención en el Servicio de Urgencias queda acreditado que sí se tuvo en cuenta su anterior proceso tumoral pero no procedía la realización de análisis para determinar antígenos tumorales ya que esa no es una atención de urgencia. El 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 establece que la atención en los servicios de Urgencias es aquella *“(...) que se presta al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata”* de tal forma que *“Una vez atendida la situación de urgencia, se procederá al alta de los pacientes o a su derivación al nivel asistencial más adecuado y, cuando la gravedad de la situación así lo requiera, al internamiento hospitalario, con los informes clínicos pertinentes para garantizar la continuidad asistencial.”*

En este caso es claro que se comprobó si la reclamante tenía una patología urgente y al no padecer tal urgencia se derivó a los servicios asistenciales ordinarios a los que la reclamante no acudió sino hasta que la llamaron telefónicamente. Ha de destacarse que, como señala el

informe del Servicio de Urgencias, no existe la posibilidad de solicitar tal prueba desde el citado Servicio.

Por tanto no existió ninguna pérdida de oportunidad puesto que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 (recurso 4139/2014) *“Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación.”*

En este caso no ha existido ningún retraso ni se ha privado a la reclamante de una mayor posibilidad de curación puesto que la recidiva se encuentra en remisión absoluta. Por el contrario, es significativo que, como señalan los informes psicológicos aportados por la reclamante ya en 2011 albergase *“pensamientos rumiativos”* sobre la actuación médica, bastante antes de que apareciesen los primeros síntomas de la recidiva.

Por todo ello ha de concluirse que no concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad al encontrarse parcialmente prescrita y no haberse acreditado la vulneración de la *lex artis* en los demás aspectos de la atención sanitaria.

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 26 de enero de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 42/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid