

Dictamen nº: **523/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.10.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de octubre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por F.H.T., en nombre y representación de C.P.M. (en adelante, “*la reclamante*”), sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio de Neurocirugía Pediátrica del Hospital Universitario 12 de Octubre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en el registro del Servicio Madrileño de Salud el 9 de enero de 2013 se solicita la responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, al considerar la reclamante que en la intervención que le practicaron cuando contaba seis años de edad (1993), le colocaron un clip cuya composición se desconoce y de la que no se facilitó información ni en su día ni en la actualidad, de tal forma que “... *el riesgo de efectos adversos contraindica la práctica de una resonancia nuclear magnética cerebral convencional*”.

Destaca que, en el año 2009, presentó fuertes crisis epilépticas, persistentes a pesar del uso de fármacos. En la Fundación A le hacen una evaluación quirúrgica para la que se precisaba una resonancia magnética

cerebral que, según afirma, no pudo realizarse al desconocer la composición del citado clip.

El 24 de febrero de 2011, la reclamante solicitó a la gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre información sobre las características y composición del clip, solicitud reiterada el 6 de abril de 2011. Igualmente se solicitó información por el Hospital Gutiérrez Ortega de Valdepeñas.

El 5 de mayo de 2011, la directora general de Atención al Paciente, remite al Hospital de Valdepeñas un escrito en el que informa:

“1.- Que se ha examinado con todo detalle la historia clínica de la paciente, no constando ninguna posible identificación del clip vascular aludido.

2.- Que el servicio de suministros ha revisado los archivos correspondientes, no pudiendo determinar de forma indubitable, el tipo de clip utilizado.

3.- Que han obtenido del distribuidor B, documentación en la que se describen los tres tipos de clips que han fabricado a lo largo de la historia y si bien el único incompatible con la exposición a un campo magnético (catalogado como FD), dejó de fabricarse en 1989, no pueden descartar que no fuera el colocado en 1993 a la paciente”.

Manifiesta la reclamante que, ante la imposibilidad de efectuar la prueba diagnóstica, acude el 15 de enero de 2012 a una clínica privada de Barcelona, donde le realizan un examen denominado DIE (Diagnóstico Intensivo de Epilepsia) mediante monitorización Video-EEG, examen de TAC craneal y magnetencefalografía. En dicha clínica se le diagnostica *“epilepsia relacionada con localización parietal y temporal izquierda con activación talámica izquierda y propagación frontal izquierda”* y se

recomienda mantener el tratamiento habitual hasta la emisión del informe definitivo.

Solicita una indemnización de 80.000 euros “*en concepto de daño moral por los perjuicios de toda índole que se le puedan derivar, al encontrarse privada para toda su vida de la imposibilidad de serle realizada la descrita prueba diagnóstica, con las repercusiones que de ello se puedan derivar en su salud*” así como el abono del coste de las pruebas diagnósticas realizadas en la sanidad privada que cuantifica en 8.715 euros. Añade a las cantidades anteriores que “*se deberá de asumir por el servicio público de salud madrileño, el coste económico que de la realización de pruebas alternativas a la RMN cerebral, se hubieran de realizar (...) en la sanidad privada para el seguimiento y control de su enfermedad*”.

Propone como medios de prueba la historia clínica de la paciente obrantes en los citados centros sanitarios.

Presenta junto con la reclamación: escritura de poder, informes médicos y correspondencia mantenida con diversos centros hospitalarios, un informe sobre la seguridad del clip implantado y diversos recibos.

SEGUNDO.- La historia clínica y la restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La paciente, nacida en 1987, fue diagnosticada en 1993 en el Hospital La Paz de un tumor en región talámica izquierda, siendo remitida al Servicio de Neurocirugía Pediátrica del Hospital Universitario 12 de Octubre para valorar posibilidades terapéuticas.

En octubre de 1993 se practicó una craneotomía temporal izquierda aunque dada la profundidad de la lesión no se consiguió su extirpación.

Ese mismo mes se realizó una segunda intervención por vía transcallosa, consiguiéndose extirpar el gran quiste superior que se informó por

Anatomía Patológica como un astrocitoma grado II talámico izquierdo (folios 306 y 345). Recibió tratamiento radioterápico en el Sanatorio C.

En el TC de control se apreció lesión quística intraventricular en relación con tálamo izquierdo con hidrocefalia asociada, motivo por el que se decide la colocación, el 27 de octubre de 1993, de una DVP (Derivación ventriculoperitoneal) (folios 373 y 381), tipo PS de presión media.

Sobre la composición de la pieza quirúrgica implantada consta que se desconoce el tipo de material del que estaban hechos entonces los clips “*en todo caso lo sabrá la casa comercial*” (folio 382).

El 13 de julio de 2009, ingresa en la Unidad de Epilepsia de la Fundación A, remitida desde el Hospital de Valdepeñas, para valoración quirúrgica por epilepsia parcial farmacorresistente secundaria a astrocitoma talámico izquierdo.

Durante su ingreso se realiza monitorización video-EEG prolongado, la duración del registro fue de 5 días. El informe médico de alta de 17 de julio de 2009 indica que la paciente continuará con el tratamiento que venía realizando previamente y añade (folios 67 a 69):

“La paciente presenta crisis parciales motoras con semiología, por historia, de crisis de área motora primaria. Durante el estudio actual no se han registrado crisis y la actividad intercrítica es fundamentalmente temporal posterior y, en menor medida, centroparietal izquierdas y el TAC cerebral muestra una extensa área de malacia en región talámica y temporal posterior izquierdas. Esto sugiere que el foco epileptico y el foco sintomático (área motora primaria) pudieran ser diferentes.

Para poder proseguir la evaluación quirúrgica sería necesario realizar un nuevo registro para ver crisis epilépticas, pero también sería necesario realizar una RM cerebral.

Debido a la presencia de material metálico intracraneal, no sabemos si podrá realizarse una RM cerebral. Hemos contactado con la Dra. M. del Hospital 12 de Octubre que revisará la historia antigua para intentar averiguar la naturaleza del material metálico.

Cuando sepamos si sería posible o no realizar la RM cerebral, podremos decidir la necesidad de una nueva monitorización video-EEG y proseguir con la evaluación quirúrgica de la epilepsia. Contactaremos con la paciente y su familia para comunicarle el resultado de la investigación.

Se informa a la familia de que otras alternativas al tratamiento quirúrgico, sería continuar con el tratamiento farmacológico mediante nuevas combinaciones y futuros nuevos fármacos o bien probar el estimulador del nervio vago”.

El Servicio de Neurología del Hospital General de Ciudad Real, con fecha 20 de octubre de 2011 propone la canalización de la paciente a la Fundación A, para tratamiento neuroquirúrgico.

La paciente ingresa en la Unidad de Epilepsia del Servicio de Neurología de la Fundación A el 7 de febrero de 2011. Con el fin de evaluar el tipo de crisis que padece y la localización del foco epiléptico, se realiza monitorización video-EEG prolongada.

Se exponen los resultados de esa prueba y las alternativas terapéuticas a la paciente y su familia.

Se decide por la paciente acudir a una clínica privada en Barcelona sin que consten más actuaciones en la sanidad pública.

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Mediante escrito de 14 de enero de 2013 notificado el día 25 siguiente, se requiere a la representación de la reclamante para que aporte la historia clínica completa de la paciente de los centros Hospital Gutiérrez Ortega de Valdepeñas y del centro médico privado de Barcelona, por no estar bajo la titularidad de la Comunidad de Madrid la asistencia prestada. En caso contrario, se continuará la tramitación del expediente y se resolverá con la documentación existente.

También, se indica que entre la documentación aportada se incluyen cuatro recibos, uno de ellos ilegible y no se presentan las facturas que supuestamente corresponde a dichos recibos y que se incluyen con el fin de justificar la cantidad supuestamente abonada en un centro sanitario privado.

No consta la cumplimentación del requerimiento.

Se ha recabado informe del jefe de la Sección de Neurocirugía Pediátrica del Hospital Universitario 12 de Octubre, que con fecha 6 de febrero de 2013 expone:

“1.- Que durante la cirugía realizada para la extirpación del tumor tálamo-subtalámico en el año 1993 fue necesaria la utilización de un clip vascular.

2.- Que en el año 1993 se utilizaban en la práctica neuroquirúrgica habitual implantes de acero inoxidable y titanio indistintamente, y que no es posible determinar la composición de esta clip retrospectivamente.

3.- Que las pruebas llevadas a cabo en la Clínica D de Barcelona podían haberse realizado en Hospitales públicos dependientes del SERMAS (Fundación A para video EEG; Hospital Gregorio Marañón para Magnetoencefalografía).

4.- Que la realización de una Resonancia Magnética llegado el caso no garantiza una curación quirúrgica de sus crisis si se trata de una epilepsia generalizada con foco no demostrable.

5.- Que uno de los tratamientos propuestos a la paciente (implantación de estimulador del nervio vago) sería incompatible con la realización de nuevas Resonancias Magnéticas futuras.

6.- Que cabe la posibilidad de ofrecer a la paciente la opción de una intervención quirúrgica para sustituir el clip vascular que porta actualmente por otro compatible con el empleo de Resonancia Magnética”.

El informe de la Inspección Sanitaria de 21 de marzo de 2013 considera que la actuación sanitaria fue correcta.

En aplicación de lo dispuesto en los artículos 84 LRJ-PAC y 11 RPRP, por escrito de 20 de junio de 2013, notificado el día 26 siguiente, se concedió trámite de audiencia con remisión del expediente administrativo.

En el plazo concedido al efecto, no consta la presentación de alegaciones por parte de la interesada ni de su representante legal.

La reclamante interpone recurso contencioso-administrativo admitido a trámite por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 2 de septiembre de 2013, dando lugar al procedimiento ordinario 659/2013.

El 11 de septiembre de 2013 la secretaría general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución desestimatoria íntegra de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la interesada.

CUARTO.- Por el consejero de Sanidad, mediante escrito de 20 de septiembre de 2013, registrado de entrada el día 27 del mismo mes y que ha recibido el número de expediente 511/13, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excmo. Sra. Dña. María José Campos Bucé, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 30 de octubre de 2013.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación, en soporte CD, que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de

la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser la cuantía de la indemnización superior a quince mil euros, y se efectúa por el consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el RRP.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria a la que se atribuye la producción de los daños alegados.

Actúa representada por abogado colegiado con poder notarial al efecto.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al formar parte el Hospital 12 de Octubre de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone 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 caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*.

En este caso se reclama por la asistencia sanitaria que, según indica, tuvo que recibir en un centro privado en el que recibió el alta el 21 de enero de

2012, de tal forma que la reclamación, presentada el 9 de enero de 2013, estaría en plazo.

El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la normativa mencionada anteriormente.

Se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evaucado el trámite de audiencia tal y como exigen los artículos 10 y 11 RPRP.

TERCERA.- Debemos partir de la consideración de que 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, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

- 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 recoge dicha Sentencia que *“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación*

1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "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".

CUARTA.- La presente reclamación plantea dos tipos de daño. Un daño moral derivado de la imposibilidad de realizar resonancias magnéticas como consecuencia de la falta de certeza sobre la composición del clip que se le implantó en 1993 y, en segundo lugar, el abono de los gastos realizados en una clínica privada por la realización de una serie de pruebas.

A juicio de este Consejo, el daño moral por el que la reclamante solicita 80.000 euros no está acreditado.

El propio escrito de reclamación ya muestra indicios de la improcedencia de ese daño al aludir a “*(...) los perjuicios de toda índole que se le puedan derivar (...) con las repercusiones que de ello se puedan derivar en su salud*” (folio 3) aludiendo claramente a daños futuros e hipotéticos.

La reclamante viene a afirmar que existe una “*pérdida de oportunidad*” (folios 5 a 9) con citas de diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia relativas a situaciones de pérdida de oportunidad derivadas de retrasos en el diagnóstico, cuyos presupuestos fácticos carecen de relación con el presente supuesto.

En este caso nos encontramos con una intervención quirúrgica en el año 1993 en la que se implanta a la reclamante un clip quirúrgico cuya necesidad no es objeto de discusión alguna.

Es cierto que, a la fecha actual, la Administración por el largo tiempo transcurrido (19 años) no puede certificar la composición exacta del clip

que se le implantó pero eso no supone ningún daño a la reclamante ya que se sabía perfectamente que el clip no permitía la realización de resonancias magnéticas. Así consta en la historia clínica (folio 219) un informe del Servicio de Radiodiagnóstico Pediátrico fechado el 18 de noviembre de 1993 en el que consta “*Se realiza TC de cráneo sin contraste (...) Existe un clip metálico intracraneal postquirúrgico lo que se advierte para la no realización en ningún caso de estudios ulteriores de resonancia magnética*”.

A estos efectos el informe de la Inspección reseña que en el año 1993 no se aplicaba el sistema de tarjetas de implantación que recoge la normativa actualmente vigente.

En este sentido ha de destacarse que la parte expositiva del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, establece estas tarjetas como novedad de esa norma al indicar que: “*A efectos de reforzar las garantías sanitarias, se establece la exigencia de tarjeta de implantación en determinados implantes para facilitar la adopción de medidas sobre los pacientes, en caso necesario*”.

Por ello la obligación de conocer y conservar los datos de los productos sanitarios implantados en los pacientes no existía en el año 1993.

En definitiva, cabe afirmar que el clip implantado en el año 1993 excluía la posibilidad de realizar ese tipo de resonancias. Evidentemente hay técnicas médicas (quirúrgicas, farmacológicas, etc.) que generan efectos secundarios lesivos pero la decisión del paciente de someterse a ellos (la reclamante en ningún momento alude a que en 1993 tuviera una deficiente información) hace que deba soportar dichos daños que no tienen la condición de antijurídicos.

Existe un tercer criterio para considerar que no existe el daño moral alegado por la reclamante y es que la imposibilidad de realizar resonancias magnéticas no impide que existan otras alternativas diagnósticas.

Así lo establece el informe del servicio de Neurocirugía Pediátrica que destaca que las pruebas realizadas en la clínica privada a la que acudió la reclamante podían haberse realizado en la sanidad pública bien directamente o a través de centros concertados; que se propuso a la paciente la implantación de un estimulador del nervio vago y que también podría sustituirse el clip implantado en 1993 por uno compatible con las resonancias magnéticas.

Por tanto la reclamante dispone de opciones terapéuticas que excluyen el daño moral. Evidentemente la gravedad de su patología y la necesidad de tener que optar por alguna de esas alternativas médicas puede generar una situación de desasosiego en la reclamante pero ello no es imputable a la Administración sino a su enfermedad.

Por ello no puede considerarse acreditada ni la existencia de daño moral ni que éste, de existir, fuera antijurídico.

QUINTA.- Debe analizarse el otro daño alegado por la reclamante, como es el abono de los gastos que ha realizado en una clínica privada para la realización de diversas pruebas diagnósticas.

En materia de reembolso de gastos, este Consejo viene recordando (dictámenes 209/09, de 29 de abril y 648/11, de 23 de noviembre) que *“las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo reconocen el derecho de los pacientes a ser indemnizados en la cuantía de los gastos realizados por tener que acudir a la medicina privada, siempre y cuando, ante la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, el enfermo no haya tenido más alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada (vid. por todas, la Sentencia núm. 699/2007, de 31 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9^a, nº de recurso: 174/2004). Nótese, además, que en todos los casos de los fallos”*

judiciales que estiman la responsabilidad patrimonial de la Administración por necesidad de acudir a la medicina privada, se trata de supuestos constatados de falta de diligencia y pasividad prolongadas durante un largo periodo de tiempo, o en que se ha producido un sensible empeoramiento de la salud del enfermo, que justifican la pérdida de confianza del paciente en los médicos que le venían atendiendo en la sanidad pública, <<confianza –como razona la Sentencia del TSJ de Madrid, de la misma Sala y Sección, núm. 378/2008, de 25 de marzo; nº de recurso 184/2005- que constituye un presupuesto inescindible de la prestación sanitaria>>”.

En este caso no hubo ninguna actuación de dejadez o desidia de los servicios sanitarios públicos que hiciera que la reclamante tuviera que acudir a la sanidad privada para que su salud no sufriera daños.

Consta en la historia clínica que la reclamante y su familia fueron informadas en septiembre de 2011 de la situación clínica y que decidieron valorar la situación (folio 98). En la consulta de 17 de noviembre de 2011 (folio 99), tras la exposición por el Neurocirujano de “*(...) el caso de la paciente (...), los hallazgos y los electrodos así como las expectativas de éxito*”, la familia comunica al especialista que han hablado con un médico privado (cuyos honorarios son objeto de reclamación) y que “*(...) les ha propuesto un nuevo estudio que se van a hacer. Se pondrán en contacto con nosotros tras ello*”.

Conviene recordar que la regulación legal permite acudir a la sanidad privada pero sólo en casos de urgencia vital 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 Castilla y León (Burgos) de 28 de octubre de 2010 (recurso de suplicación 556/2010)).

Lo expuesto permite entender que no hubo ni situación de urgencia vital ni desidia en los servicios sanitarios públicos sino que la reclamante y su familia decidieron solicitar una segunda opinión de un especialista privado, lo cual no puede constituir en ningún caso un daño susceptible de ser indemnizado.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial debe ser desestimada al no existir daño indemnizable.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 30 de octubre de 2013