

Dictamen n.º: **44/24**

Consulta: **Consejera de Sanidad**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **01.02.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 1 de febrero de 2024, sobre la consulta formulada por la consejera 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., (en adelante “*el reclamante*”), actuando representado por letrado, por los daños y perjuicios sufridos, tras la práctica de una intervención para extirparle un craneofarengioma, en el Hospital Universitario La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de junio de 2022, la persona mencionada en el encabezamiento, representado por un letrado, presentó un escrito en el registro telemático del SERMAS, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos, tras la práctica de una intervención para extirparle un craneofarengioma en el Hospital Universitario La Paz, en la que considera que se vulneró la *lex artis ad hoc*.

Relata que, habiéndole diagnosticado un craneofarengioma en el mes de noviembre del año 2021, fue intervenido el 15 de febrero de 2022, en el Hospital Universitario La Paz y que, tres meses más tarde,

se le realizó una Resonancia Magnética (RMN) craneal de control, donde se descubrió que no se había extirpado el tumor en su totalidad.

Considera que, medió retraso en la práctica de la prueba diagnóstica últimamente apuntada que puso de manifiesto la mala praxis y que, además tras ser intervenido, se le propuso un tratamiento que no era el más moderno, ni el menos lesivo y que, a pesar de que el propio paciente solicitó ser tratado con protonterapia, esa terapia le fue negada por parte de la Administración.

Mantiene que se le privó del derecho a recibir una asistencia médica de calidad, afirmando que el referido tratamiento era el más adecuado para tratar su tumor, al tratarse de una terapia más moderna, selectiva y con menor toxicidad y que, por tanto, sufrió una pérdida de oportunidad indemnizable, que cuantifica en 60.000 €, además de los daños que pudiera causarle la falta de eficacia del tratamiento convencional recibido y el eventual coste del tratamiento de la protonterapia en un centro privado, si así decidiera contratarlo y costearlo.

Junto con su reclamación se adjuntó copia del DNI del reclamante, el poder notarial del letrado actuante y varios informes médicos -folios 1 al 17-.

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

El paciente, de 54 años de edad, con antecedentes neurológicos de padecer síndrome de piernas inquietas, en tratamiento con pramipexol 0.7, desde hacia 12 años, rinitis vasomotora y previa cirugía de cornetes y tabique nasal; inicio estudio por presentar alteraciones visuales en el ojo derecho. En octubre del año 2021, tras realizarle una RNM, se le diagnosticó: “*lesión supraselar de 20 mm, quística, con tallo a la izquierda, y compresión de vía óptica*”.

Con fecha 27 de noviembre del 2021, se le realizó un TC con neuronavegador, que se denotó: “*correcto desarrollo y aireación de los senos frontales, maxilares y esfenoidales. Septo nasal integro en línea media. Hipertrofia polipoidea de cornetes inferiores, meatos filiformes, No hay alteraciones en las porciones orbitarias incluidas. En el compartimento intracraneal se observa lesión expansiva de pared parcialmente calcificada y baja atenuación central, centrada vertiente lateral I de la cisterna supraselar I, compatible con diagnóstico clínico. Dimensiones aproximadas de 14x16x17 mm, APxTxCC.*

En el segmento cervical incluido se observa artrosis atlo-axoidea y fusión subtotal intersomática C4-C5. Conclusión: LOE -lesión tumoral ocupante de espacio- supraselar compatible con diagnóstico clínico. Valoración prequirúrgica hormonal: eje adrenal en rango, aje tiroideo afectado (hipotiroidismo secundario), eje gonadotropo afectado (con hipogonadismo), eje somatotropo normal”.

Con fecha 1 de diciembre del año 2021, el Servicio de Neurocirugía diagnosticó al paciente un craneofarengioma supraselar, que se decidió intervenir quirúrgicamente. Se explicaron al afectado los riesgos de la cirugía y el probable tratamiento con radioterapia, posterior.

Con fecha el día 15 de febrero del 2022 se intervino al paciente por el Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario La Paz, realizándole una resección del craneofarengioma por CENS -cirugía endoscópica nasosinusal-.

El informe de quirófano reflejó: “*Abordaje endoscópico endonasal bilateral. Flap pediculado nasoseptal derecho. Abordaje transelar y transplanum. Se abre dura selar y supraselar, y se coagula y secciona el seno intercavernoso superior. Extirpación de lesión dejando resto, calcificado que infiltra tallo hipofisario y arteria hipofisaria superior*

izquierda. Componente quístico vaciado, Grasa. Hemopatch. Flap pediculado setal”.

Según el posterior estudio de Anatomía Patológica se trataba de un craneofarengioma tipo adamantinomatoso.

Con fecha 16 de marzo del 2022, el paciente acudió a consulta de revisión en Neurocirugía. Según indicó, se encontraba cansado y con bastante dolor cervical. Se le solicitó una RM en Radiocirugía (con la indicación de valorar protones) y Radioterapia. También se interesó que fuera valorado en Oftalmología.

Con fecha 21 de marzo del 2022, el paciente acudió a Urgencias por presentar debilidad, mareos y sensación de pesadez de cabeza, desde hacía 2 semanas. En esa asistencia se le realizó un TC craneal, que se comparó con el de 27 de noviembre del 2021. En el correspondiente informe se indicó: “*No se observan signos de sangrado intra ni extraaxial. Línea media centrada. Cambios postquirúrgicos de CENS y abordaje endonasal transesfenoidal, con ocupación por material de atenuación partes blandas de celdillas etmoidales y fosa nasal derecha, así como en senos esfenoidales residuales. Restos tumorales calcificados residuales. Sistema ventricular, cisternas y surcos de calibre normal. Parénquima de atenuación conservada, con adecuada diferenciación corticosubcortical. Estructuras de la fosa posterior sin hallazgos relevantes valorables. Conclusión: cambios postquirúrgicos de CENS y abordaje endonasal transesfenoidal, sin signos subjetivos de complicación intracraneal aguda*”. En esa asistencia, además, se solicitó que se realizara al paciente una RNM cerebral.

Con fecha 25 de mayo del 2022, en la RNM craneal de control, se descubrió que no se había extirpado todo el tumor, quedando remanente tumoral. El correspondiente informe indicó: “*Cambios postquirúrgicos con resección parcial del tabique nasal, cornete nasal medio derecho, resección de 7 vías etmoidales predominantemente*

posteros, secundarios a abordaje transesfenoidal. Abundante material heterogéneo centrado en el seno esfenoidal. Imagen polilobulada en el techo del seno esfenoidal en línea media sugerente de tejido adiposo (no realza y es hiperintenso en T1 y en T2), probablemente secundario a injerto graso quirúrgico. En la cisterna supraselar se visualiza una lesión de carácter mixto, identificando focos de aspecto quístico que son de señal similar al LCR -líquido cefalorraquídeo-, con un pequeño componente sólido central hipercaptante. Las partes quísticas también presentan hipercaptación; este hallazgo podría estar en relación con remante tumoral.

Se recomienda control de la imagen; mide 12x14x13 mm (ejes CCxTxAP). Impresiona estar en relación con margen posterior del infundíbulo parcialmente identificable. Esta lesión por superior contacta y desplaza superiormente el quiasma óptico y por posterior contacta con los cuerpos mamillares. Pequeña cantidad de tejido intraselar, hipointenso en T1 y en T2, con captación homogénea en la secuencia postcontraste, que podría estar en relación con una pequeña cantidad de remanente glandular en el margen más lateroposterior izquierdo de la silla turca.

Engrosamiento mucoso concéntrico del seno maxilar derecho con ocupación por material hiperintenso en T2 del complejo osteomeatal ipsilateral, con extensión también al receso frontoetmoidal, y mínimamente al suelo del seno frontal derecho. En el parénquima cerebral supratentorial, no se identifican alteraciones estructurales ni de la señal. Estructuras de línea media centradas. Sistema ventricular preacueductal de tamaño y morfología preservada. Fosa posterior de tamaño y morfología preservada, con cuarto ventrículo centrado de tamaño normal. No se visualizan alteraciones de señal en tronco del encéfalo ni tampoco los hemisferios cerebelosos. No hay áreas parenquimatosas que restringen de forma patológica en la secuencia potenciada en difusión. En la secuencia de susceptibilidad, no se

identifican focos sugerentes de depósitos de hemosiderina. Incidentalmente se identifica un importante aumento de tamaño de las glándulas parótidas de forma bilateral". Por todo ello, se concluía: "cambios secundarios a CENS ampliado. Lesión mixta supraselar sugerente de restos tumorales, a valorar en próximo control".

El Servicio de Neurocirugía remitió al paciente a Oncología Radioterápica para la correspondiente valoración del tratamiento radioterápico a aplicar, tras la intervención del craneofarengioma.

En consulta de Neurología de 6 de junio de 2022, el paciente indicó que se encontraba bien; negando sufrir cefalea, mareo o alteraciones visuales, en ese momento. No presentaba focalidad neurológica. Se le explicó en esa consulta la necesidad de tratamiento radioterápico y sus efectos adversos. El paciente solicitó información sobre si era subsidiario de tratamiento con protonterapia y se le indicó que no se ajustaba a las indicaciones aceptadas y autorizadas por el SERMAS, por no estar incluido el craneofarengioma entre las indicaciones de tratamiento con haces de protones en adultos, debido a la alternativa de tratamiento con Radiocirugía, Radioterapia Estereotípica, aceptadas por la Comunidad de Madrid.

Tras la consulta del 6 de junio de 2022, se presentó el caso en sesión clínica del Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital Universitario La Paz, donde se decidió aplicar al paciente el tratamiento coadyuvante con radioterapia estereotáctica craneal con fotones, determinando que la intensidad del tratamiento ionizante que se aplicaría sería de hasta 52,2 G, con fraccionamiento de 1,8 G y/día.

Se descartó la terapia con haces de protones, solicitada por el paciente, de conformidad con las indicaciones incluidas en la Resolución de noviembre del 2020 de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud, en la redacción vigente en ese momento.

En consecuencia, se ofreció al paciente el tratamiento con radioterapia estereotáxica con fotones, citándole para iniciarla el día 5 de julio del 2022. No obstante, el paciente renunció a dicho tratamiento ese mismo día, por vía telefónica, por lo que por su propia decisión abandonó el proceso terapéutico ofrecido por el SERMAS.

Según comunicó, adicionalmente, por medio de un escrito de esa misma fecha, consideraba el reclamante que el tratamiento ofrecido por el SERMAS no respondía a los estándares de calidad exigibles al caso, y ante la urgencia y riesgo vital de su enfermedad, optaba por costearse la protonterapia, de forma privada.

No constan datos posteriores sobre la evolución del paciente.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Recibida la reclamación, mediante oficio de 24 de junio de 2022, notificado el día 27 del mismo mes y año, se comunicó al reclamante que se tramitaba su reclamación, con indicación de la normativa aplicable y del sentido desestimatorio del eventual silencio, conforme a los artículos 21.2 y 91.3 de la LPAC.

Adicionalmente, el día 1 de septiembre de 2022, se notificó la reclamación a la aseguradora del SERMAS.

A continuación, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 79 y 81.1 de la LPAC, se ha recabado la historia clínica, y los informes preceptivos de los servicios implicados.

Así, consta emitido un informe por la jefa del Servicio de Oncología Radioterápica del hospital, sin fechar, explicativo de la asistencia dispensada al paciente y su adecuación a la *lex artis* -folios 86 al 88- .

El informe, tras repasar secuencialmente el conjunto de los procedimientos diagnósticos y los tratamientos empleados con este paciente, reproduce las indicaciones de la terapia con haces de protones solicitada por el paciente, de conformidad con los criterios incluidos en la Resolución de noviembre del 2020 de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud, aceptados y adoptados por el SERMAS, para los centros públicos de la Comunidad de Madrid, que no incluyen la concreta situación del paciente y que son:

- Adultos: melanoma intraocular/uveal (cuando no esté indicada la braquiterapia), cordoma y condrosarcoma, sarcomas primarios paraespinales.

- Niños (hasta 18 años):

* Tumores cerebrales: meduloblastoma, ependimoma, tumores germinales y pinealomas, astrocitoma difuso, gliomas de bajo grado, oligodendrogioma anaplásico, tumor teratoideo/rabdoide atípico, craneofaringiomas, tumores del plexo coroideo.

* Tumores oculares: retinoblastomas, glioma del nervio óptico.

* Tumores de partes blandas: parameningeos, orbitarios, de cabeza y cuello. Torácicos (próximos a corazón y columna), abdominales (próximos a hígado y riñón) pérvicos.

* Tumor de Ewing (próximo a órganos de riesgo).

* Neuroblastoma.

Añade el mismo informe que, según las publicaciones científicas de referencia, así como las guías de Práctica Clínica, no hay evidencia científica de que el tratamiento con protones sea más eficaz que el tratamiento con fotones, en el caso del craneofarengioma del adulto.

Por todo lo expuesto considera que el tratamiento ofrecido se acomodaba a la *lex artis ad hoc*, sin que de la negativa a aplicar la terapia interesada por el reclamante pueda derivarse responsabilidad para el SERMAS.

Con posterioridad, se ha emitido un informe por parte de la Inspección Sanitaria, de fecha 19 de septiembre de 2023, que considera que el paciente ha recibido una asistencia sanitaria adecuada y correcta, según el conocimiento científico actual -folios 91 al 97-.

Una vez instruido el procedimiento, ha sido evacuado el oportuno trámite de audiencia en el procedimiento al interesado, a través de su letrado, a fin de que pudieran formular las alegaciones que tuviera por conveniente, según previene el art. 82 de la LPAC, notificándose a la parte reclamante con fecha 3 de noviembre de 2023.

El 24 de noviembre de 2023, el reclamante efectuó sus alegaciones finales, reiterándose en sus peticiones, al entender que de la lectura del informe elaborado por la Inspección Médica resulta acreditado que, si bien el tratamiento de radioterapia con protones no está contemplado en la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, ello obedece exclusivamente a razones económicas y presupuestarias, que no se descartan su idoneidad, en su caso.

Finalmente, el 18 de diciembre de 2023, se ha formulado la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no se ha acreditado la infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria reprochada.

CUARTO.- El 2 de enero de 2024 se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el n.º 6/24.

La ponencia correspondió a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 1 de febrero de 2024.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 €, y a solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo

capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, en cuanto fue quien recibió la asistencia sanitaria reprochada. Actúa representado por un letrado que, según consta, se encuentra debidamente apoderado.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó por Hospital Universitario La Paz, de Madrid, centro sanitario integrado en la red sanitaria pública madrileña.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC).

En el presente caso, se reprocha la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario La Paz, donde el paciente recibió tratamiento hasta el día 6 de junio de 2022, formulándose la reclamación ante la negativa a recibir la terapia solicitada por el paciente, el 2 de junio del mismo año, muy poco tiempo después de la decisión terapéutica que se cuestiona, por lo que no cabe duda de que habría sido presentada en plazo legal, con independencia de la fecha de la completa curación o de la determinación de las secuelas.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por el servicio implicado en la asistencia sanitaria reprochada en el hospital. Además, se ha incorporado el informe de la Inspección Sanitaria y la

historia clínica del paciente. Tras la instrucción del expediente se confirió el trámite de audiencia al interesado y, finalmente, se ha redactado la propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación de responsabilidad planteada.

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

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española y garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Según constante y reiterada jurisprudencia, el sistema de responsabilidad patrimonial presenta las siguientes características: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral.

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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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 la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2022 (recurso 771/2020), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo:

«el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: “que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar, debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc”.

En consecuencia lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria “... es 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 este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente” (STS Sección 6^a Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la lex artis o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente».

CUARTA.- En este caso, como hemos visto en los antecedentes, se cuestiona la asistencia ofrecida por la sanidad madrileña al reclamante, afirmando que hubo retraso en la detección de que no se había extirpado todo el tumor y, más tarde, en cuanto a la decisión terapéutica de ofrecerle, con posterioridad a la intervención quirúrgica, una terapia coadyuvante con radioterapia estereotáxica craneal con fotones y negarle la protonterapia por él solicitada.

A partir de esa negativa al tratamiento pretendido, que el afectado plantea como una negación de medios para facilitar su curación; se afirma que el paciente ha sufrido una pérdida de oportunidad, manteniendo que la terapia que interesaba era de mayor calidad, más selectiva y más efectiva para tratarle.

También se plantea el adicional reintegro de los gastos satisfechos por el paciente al centro privado en que recibió esa terapia, aunque no se especifican.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar los reproches enunciados, partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de abril de 2022 (recurso 1079/2019), con cita de la jurisprudencia del Tribunal

Supremo. Además, como añade la citada sentencia, “*las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica*”.

En cuanto al pretendido retraso en constatar que no se había extirpado todo el tumor en la intervención de febrero de 2022, el simple repaso de las asistencias inmediatas recibidas por el paciente nos lleva a rechazar este punto, al constar que ya en el mes de marzo se le realizó una RM y un TAC craneal y en el mes de mayo, ante la sintomatología de los mareos que presentaba, se le repitió otra RM, detectándose ya la subsistencia de una parte del tumor. No se observa, por tanto, omisión de medios diagnósticos.

En cuanto a la pretendida trascendencia de la negativa a la aplicación de la protonterapia al paciente, observamos importantes carencias probatorias en la reclamación que analizamos, puesto que, de una parte, desconocemos la concreta evolución médica del paciente y, por tanto, la efectividad de ese tratamiento recibido en la sanidad privada y, además, tampoco podemos saber cuál hubiera sido su evolución si se hubiera atendido a la radioterapia ofrecida por el SERMAS.

Por otra parte, en cuanto a la definición de la pérdida de oportunidad, que el reclamante considera que ha sufrido, como indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de julio de 2016 (rec. 4139/2014): “*... 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*”.

Y como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de noviembre de 2018 (recurso 703/2016), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos de pérdida de oportunidad “*el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera*” y añade “*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*”.

Efectivamente y enlazando con lo últimamente expuesto, como hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, en la medicina curativa nos encontramos ante obligaciones de medios y no de resultado y también hemos dicho que, esta obligación de medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta el paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología y, como no, también al estado de la ciencia. En este sentido, con cita de la jurisprudencia, hemos recordado que lo que procede es un empleo de medios ordinarios y diligencia para cerciorarse de los diagnósticos que se sospechen, sin que se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior de los acontecimientos.

A partir de lo expuesto, deberemos determinar en este caso si se ofrecieron o no al paciente los medios disponibles y adecuados a su situación -tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento-, puesto que, si así fue, no podría plantearse ninguna lesión a la *lex artis*, ni cabría prosperar esta reclamación.

Según se indicó al repasar la secuencia de los datos del tratamiento, tras la visita de 6 de junio de 2022, la situación del paciente fue presentada en sesión clínica del Servicio de Oncología Radioterápica, proponiéndose la radioterapia estereotáctica craneal con fotones y descartándose la terapia con haces de protones, por no estar incluido el craneofaringioma entre las indicaciones de tratamiento con haces de protones en adultos, debido a la alternativa de tratamiento con radiocirugía y/o radioterapia estereotípica, aceptadas por la Comunidad de Madrid, previa Resolución de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud, común a todo el territorio nacional.

Recordemos que, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, el contenido de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud se determinará por acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación. Para su determinación se tendrá en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, así como su impacto económico y organizativo y, en la evaluación de todo ello participará la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

Además, se indica expresamente en el mismo precepto que, en cualquier caso, no se incluirán en la cartera común de servicios aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté suficientemente probada.

Por todo lo expuesto, la circunstancia de que una terapia este o no incluida en el referido catálogo, debe ponerse en relación con la concreta aplicación de principios y derechos tales como, la igualdad de trato en relación con la prestación sanitaria, la solidaridad interterritorial, la eficacia probada de los tratamientos y, también, con la suficiencia económica del sistema.

A partir de todo lo expuesto se colige con facilidad que, la argumentación que se ofreció al reclamante para denegar el tratamiento que solicitaba estaba dotada de suficiente solidez.

Por lo demás, la Inspección Sanitaria, cuyo autorizado y objetivo criterio solemos hacer prevalecer, explicó en su informe que: “*la protonterapia se considera la radioterapia externa más avanzada, pero su uso aún no está extendido, siendo muy escaso su uso, contando con un numero escaso de equipos de protonterapia y sin la evidencia científica necesaria, ni los medios suficientes para generalizar su uso en el Sistema Nacional de Salud. Hay que instalar en los Hospitales Aceleradores lineales de Protones (en lugar de los actuales, de fotones), lo que supone un estudio pormenorizado, exhaustivo y a medio plazo, y siempre con una previa y clara evidencia científica en cuanto a la extensión/generalización del uso de protones*” y añade que recientemente, la Sociedad Española de Oncología Radioterápica (SEOR) ha llevado a cabo una revisión de las indicaciones de la protonterapia, basándose fundamentalmente en los criterios de la American Society for

Therapeutic Radiation Oncology (ASTRO), publicado en 2017; aunque la SEOR hace una observación a un hecho recurrente en Radioterapia: “*el desarrollo tecnológico es siempre más rápido que la realización de ensayos clínicos con alto nivel de evidencia*”, en referencia a la necesaria realización de ensayos clínicos para contrastar la eficacia de todas las terapias novedosas, en el tratamiento de una patología.

Así las cosas, según destaca la Inspección médica, la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, ha hecho públicos los acuerdos de la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación, en relación a la técnica de protonterapia, siguiendo las recomendaciones de la SEOR y no incluye el tratamiento con fotones en el caso del craneofarengioma del adulto. Esos mismos criterios son los que han sido aceptados y adoptados por el SERMAS, para los centros públicos de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al planteamiento del reclamante, alusivo al reembolso por el SERMAS de los gastos del tratamiento de la protonterapia en un centro privado, debemos recordar que existe una reiterada doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora (v. gr. dictámenes 248/16, de 30 de junio; 451/16, de 6 de octubre; 21/19, de 24 de enero; 457/19, de 7 de noviembre; 153/21, de 6 de abril y 238/21, de 18 de mayo, entre otros) que viene indicando 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, n.^o de recurso: 174/2004).

En el supuesto analizado, no concurren los requisitos que establece la jurisprudencia para reconocer el abono de los gastos efectuados, ni tampoco puede entenderse que haya existido una urgencia vital probada 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, concepto 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)].

De esa forma, al menos desde lo que ha quedado acreditado en este expediente, ni la vida del paciente corría peligro, ni el tratamiento de la protonterapia era urgente e insustituible, puesto que existía otro, con mayor evidencia científica, ofrecido por la sanidad madrileña. A ello debe añadirse que es la conducta del propio reclamante que acude a la sanidad privada y rehusa el tratamiento ofrecido en la sanidad pública la que rompe el nexo causal entre el daño y el servicio público.

Supuestos como el presente, en el que el interesado acude a la sanidad privada en vez de al sistema público de salud al que tenía derecho por estar bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social, han sido objeto de análisis por esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en dictamen 420/2019, de 17 de octubre, así como por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que, en su dictamen 62/2015, de 18 de febrero, precisa lo siguiente: “...*Nótese, además, que en todos los casos de los fallos judiciales que estiman la responsabilidad patrimonial de la Administración por necesidad de acudir a la medicina privada, se trata de supuestos constatados de falta de diligencia y pasividad prolongadas durante un largo periodo de tiempo, o en que se ha producido un sensible empeoramiento de la salud del enfermo, que*

justifican la pérdida de confianza del paciente en los médicos que le venían atendiendo en la sanidad pública, “confianza –como razona la Sentencia del TSJ de Madrid, de la misma Sala y Sección, núm. 378/2008, de 25 de marzo; nº de recurso 184/2005- que constituye un presupuesto inescindible de la prestación sanitaria”. Sin embargo, en este caso no se aprecia que hubiera una 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».

De igual modo, el dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000) indica que “*no procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente porque, (...), tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada. Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada*”.

En definitiva, de lo acreditado en el expediente resulta que, el paciente recibió una asistencia sanitaria adecuada y correcta a cargo de la sanidad madrileña, según el conocimiento científico del momento en que fue tratado y su rechazo al tratamiento de radioterapia con fotones, propuesto por el Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital La Paz, no le da derecho al reintegro de gastos.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por cuanto la asistencia cuestionada se ajustó a la *lex artis ad hoc*.

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 1 de febrero de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 44/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid