

Dictamen nº: **402/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **10.10.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 10 de octubre 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 Dña. (en adelante, “*la paciente*” o la “*reclamante*”) por el retraso diagnóstico de un cáncer de colon que no fue detectado en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 1 de diciembre de 2017 se presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que la interesada solicitaba una indemnización por el retraso en diagnóstico de un cáncer de colon tras casi dos años de tratamiento en el Servicio de Hematología del Hospital 12 de octubre.

La reclamante relataba que desde 2013 a 2015 había sido atendida en el Servicio de Hematología del referido hospital por padecer una anemia ferropénica, sin que por parte del hematólogo, ante la persistencia en el tiempo de la anemia, se la hubiera derivado a otro especialista para un

más adecuado diagnóstico. Con posterioridad, refiere la reclamante, se le diagnosticó un cáncer de colon, debiendo someterse a una intervención en la que le fue extirpado *“prácticamente medio colon”*.

Reprochaba, en definitiva, la pérdida de oportunidad de haber obtenido un diagnóstico más precoz y no cuantificaba la indemnización que solicitaba.

No acompaña más documentos a su solicitud e incluso, posteriormente, a requerimiento del órgano administrativo mediante oficio de 13 de febrero de 2018, no concreta la cuantía económica de la reclamación.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente y de la historia clínica de la paciente, resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

La reclamante, nacida en 1974, afectada por una espondilitis anquilosante, bandas oligoclonales y Hb en límite inferior de las normalidades por microcitosis/hipocromia y ferropenia, y tratada por endocrino por raquitismo asociado e hipofosfatemia familiar, es derivada al Servicio de Hematología del Hospital Universitario 12 de Octubre el 25 de noviembre de 2013 al padecer una leve anemia ferropénica. En dicho servicio, es atendida periódicamente entre la citada fecha y el 6 de octubre de 2015, en que es dada de alta y remitida a control por el médico de cabecera al entender que la ferropenia está controlada.

Con posterioridad, entre el 18 de diciembre de 2015 y el 31 de agosto de 2016, es sometida a revisiones por el Servicio de Endocrinología del citado hospital. En particular, el 31 de agosto de 2016 el juicio clínico de la doctora es el siguiente:

“ - Anemia ferropénica en relación a pérdidas menstruales.

- *Raquitismo hipofosfaténico sin nefrolitiasis y con TPH normal...*
- *Epigastralgia en tratamiento IBP de 15 años, a descartar gastritis erosiva”.*

Es derivada a Medicina del Aparato Digestivo para estudio de epigastralgia y se pauta seguimiento de la anemia, solicitando ecografía abdominal y analítica de sangre y orina.

El 20 de octubre de 2016 es atendida por el Servicio de Digestivo , en cuyo informe se señala que la paciente sufre anemia ferropénica sin datos de alarma, no muestra náuseas, vómitos ni dolor abdominal, sin sangrado digestivo, con sangrados menstruales muy abundantes y duraderos, diagnosticándose reflujo gastroesofágico, anemia ferropénica de probable origen ginecológico y raquitismo por hipofosfatenia familiar. Debido a ello, se solicita gastroscopia y colonoscopia.

Con posterioridad, el 2 de diciembre de 2016, es sometida a una colonoscopia, en la que se visualiza neoplasia colónica en ciego, siendo sometida la paciente a hemicolectomía derecha laparoscópica el 19 de enero de 2017, con buena evolución posoperatoria.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

Se incorporó al expediente la historia clínica y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, se aportó también el informe de 13 de marzo de 2018 del Servicio de Hematología del hospital, en el que se manifiesta que *“ninguna de las guías clínicas consultadas propugna una actuación clínica diferente de la que llevamos cabo, considerando unánimemente que la coincidencia de pérdidas de*

sangre de origen ginecológico excesiva justifican su consideración como causa de la ferropenia asociada, sin necesidad de exploraciones complementarias...”.

Para la Inspección Sanitaria, cuyo informe fue requerido en la instrucción del expediente, la asistencia prestada fue correcta y adecuada a la *lex artis* y a la *lex artis ad hoc*, puesto que “*en una paciente con menos de 45 años con anemia ferropénica y con pérdidas de sangre excesivas a través de la menstruación no está indicado iniciar ningún otro estudio etiológico de la misma*”.

Además, señala la Inspección Médica que “*desde que Hematología ve por primera vez en consulta a la paciente, en febrero de 2013, hasta que se diagnostica el cáncer de colon, en diciembre de 2017 transcurren 46 meses, siendo poco probable que existiera una relación causal entre el cáncer de colon y la leve anemia ferropénica inicial aunque no imposible...*”. Cabe señalar que la Inspección Médica incurre aquí en un error, puesto que el cáncer de colon se diagnostica el 2 de diciembre de 2016, siendo en todo caso 47 meses los transcurridos.

Concluida la instrucción del procedimiento, se confirió trámite de audiencia a la reclamante, sin que presentara escrito alguno.

El 19 de agosto de 2019 el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución que desestimó la reclamación al considerar que la asistencia sanitaria había sido correcta y adecuada a la *lex artis* al haberse seguido las directrices de las guías diagnósticas y protocolos estandarizados en cuanto a la indicación de las técnicas diagnósticas pertinentes.

CUARTO.- Por escrito dirigido por delegación por el viceconsejero de Sanidad, de 26 de agosto de 2019, -con registro de entrada en la

Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 27 de agosto-, se formuló preceptiva consulta a dicho órgano.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 421/19, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 10 de octubre de 2019.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación -en soporte CD-, adecuadamente numerada y foliada, que se considera 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, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y por solicitud delegada 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).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, está regulada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según establece su artículo 1.1.

La reclamante está legitimada activamente al amparo del artículo 4 de la LPAC, por cuanto que es la persona a la que se le ha prestado la asistencia sanitaria que considera negligente.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El 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 (ex artículo 67 LPAC). En el presente caso, la reclamante pone en cuestión la asistencia que se le prestó en el Servicio de Hematología desde febrero de 2013 hasta octubre de 2015, momento en que se le dio de alta en el referido Servicio. Dado que la reclamación se presentó el 1 de diciembre de 2017 es claro que se habría formulado más allá de plazo de un año que marca el texto legal. Sin embargo, habida cuenta de que, según la reclamante, la negligente actuación administrativa derivó en el posterior diagnóstico de un cáncer de colon, con la consiguiente intervención el 19 de enero de 2017, la reclamación ha sido interpuesta en plazo legal.

No se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se ha recabado el informe del Servicio al que se imputa el daño, de acuerdo con los artículos 79 y 81 de la LPAC, y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a la reclamante, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC, que no presentó alegaciones.

Y finalmente, se dictó la propuesta de resolución según lo exigido en el artículo 91 de la LPAC

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 art. 106.2 de la Constitución Española, que 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, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ- PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e

inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) 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. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“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”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en sentencia de 16 de marzo de 2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria,

en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta. (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010) ha señalado 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, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados"*.

CUARTA.- En el presente caso, la reclamante considera que hubo un retraso en el diagnóstico del cáncer de colon que finalmente padeció pues, a pesar a las múltiples asistencias al Servicio de Hematología del hospital entre febrero de 2013 y octubre de 2015, no se realizaron pruebas diagnósticas ni se la derivó a otros profesionales que hubieran podido detectar la enfermedad en un estadio previo. Por tanto, en este caso la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios y la determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al diagnóstico de la enfermedad y si los facultativos implicados en el proceso asistencial de la enferma actuaron conforme a la *lex artis* se convierte en la cuestión a examinar.

Para evaluar la corrección de una concreta práctica médica hay que estar a la situación y síntomas del momento en que se realiza ésta. Ello se traduce en que se deben aplicar a los pacientes todos los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento. 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 cada paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación 2228/2014) destaca: *“La asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y es precisamente lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugerían, desde el punto de vista médico, las diferentes dolencias del recurrente”*.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 9 de marzo de 2017 (núm. de recurso 203/2014), manifestó que *“en lo que*

específicamente se refiere al diagnóstico de las enfermedades que los pacientes padecen, la garantía de medios comporta que se utilicen los medios disponibles coherentemente con los síntomas y signos que presenten, y con la información relevante que faciliten”.

Además, lo que procede es un empleo de medios ordinarios y diligencia para cerciorarse de los diagnósticos que se sospechen, sin que se exija la realización de todas las pruebas diagnósticas que pudieran llevarse a cabo, sino las adecuadas a los síntomas que presente el paciente, para su correcto tratamiento inmediato, derivación o seguimiento. En este punto cabe traer a colocación lo expresado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2017 (recurso 133/2014) cuando señala que *"los servicios médicos sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin más indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas y múltiples patologías sin que los síntomas que se tengan exijan su realización”.*

Así se entendió por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y por esta Comisión Jurídica Asesora en numerosos dictámenes, entre ellos, el Dictamen 242/16, de 23 de junio, el Dictamen 462/16, de 13 de octubre o el Dictamen 196/17 de 18 de mayo:

«La realización de pruebas diagnósticas debe realizarse en función de criterios clínicos, pues entender lo contrario sería tanto como convertir la práctica médica en un aluvión de pruebas y estudios, por si acaso en alguno se detecta algo que a priori no se sospecha, dando lugar a lo que se ha denominado ‘medicina defensiva’, entendiendo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2010 (recurso 731/2008), que dicha actuación

médica mediante la “solicitud indiscriminada de batería de pruebas diagnósticas” ha de calificarse como “ineficiente e insensata”.

Tampoco puede cuestionarse la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, mediante una regresión a partir de la evolución posterior de la enfermedad de los pacientes.

Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual:

“No es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio “ex post”, sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente”.

Además, para ahondar más en la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron a la paciente, debemos señalar lo que constituye la regla general, esto es, que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de marzo de 2016 (recurso núm. 658/2015) que señala que *“la prueba de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado, así como la existencia y contenido de éste, corresponde a quien reclama la indemnización, sin que proceda declarar la responsabilidad de la Administración cuando esa prueba no se produce”.*

Y, en cuanto a los medios de prueba, como recuerda también el Tribunal Superior de Madrid en sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso 154/2013), *“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”*.

Pues bien, en este caso no se ha incorporado al procedimiento por quien tiene la carga de la prueba ningún tipo de acreditación de que la atención dispensada a la reclamante haya sido contraria a la *lex artis*, sin que sirvan a este propósito las meras afirmaciones que hace la interesada sin sustento probatorio alguno.

En este punto, frente a las afirmaciones no respaldadas de la interesada, los informes médicos que obran en el expediente, contrastados con la historia clínica examinada, contradicen la versión descrita en la reclamación y evidencian que la asistencia que se le dispensó fue adecuada.

Así, la historia clínica pone de manifiesto la errónea afirmación de la reclamante sobre las múltiples asistencias sin la realización de pruebas en el citado Servicio de Hematología. En este Servicio se le aconsejó constantemente que informase de las pérdidas menstruales a fin de ser derivada a Ginecología para su estudio y se le proporcionó la asistencia determinada por los síntomas que presentaba, en consonancia con lo anteriormente manifestado.

De hecho, como se recoge en el informe de la Inspección Médica, el diagnóstico de anemia leve fue detectado primariamente en febrero de

2013, mientras que la detección del cáncer de colon tiene lugar en diciembre de 2016, un lapso de tiempo tan importante que resultante harto improbable que exista una relación causal entre la ferropenia y la neoplasia de colon posterior. No debemos olvidar que el Servicio de Hematología da el alta a la paciente el 6 de octubre 2015 ante la buena respuesta al tratamiento, con una hemoglobina y ferritina en límites normales. Este tratamiento era el pautado, como señala la Inspección Médica en su informe de 15 de mayo de 2018, para una *“paciente de 45 años con anemia ferropénica y con pérdidas de sangre excesivas a través de la menstruación”*

Por ello, concluye la Inspección Médica señalando que *“no se puede demostrar que la paciente padeciera cáncer de colon durante el seguimiento de Hematología”*.

Conclusión a la que debemos atenernos, a falta de prueba en contrario, dado que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 22 de junio de 2017 (recurso 1405/2012):

“...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación presentada al no haberse acreditado la existencia de *mala praxis* en la atención dispensada a la paciente ni concurrir la antijuridicidad del 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 10 de octubre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 402/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid