

Dictamen nº: **164/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **22.04.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 22 de abril 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 un abogado en representación de Dña. por la falta de seguimiento y tratamiento de la fibrosis pulmonar que padecía su marido, D., en el Hospital Universitario Ramón y Cajal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de febrero de 2017, un letrado presentó en el Registro de la Consejería de Sanidad una reclamación de responsabilidad patrimonial en nombre de la persona señalada en el encabezamiento.

Su cónyuge era un paciente sin antecedentes personales de interés al que en el año 2002 le fue diagnosticado un adenocarcinoma de próstata del que fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Universitario Ramón y Cajal, siendo posteriormente sometido a tratamiento de radioterapia y a revisiones periódicas por los servicios

de Urología y Oncología de ese hospital, en las que le practicaron las pertinentes pruebas diagnósticas y controles que confirmaron la completa remisión de la patología oncológica.

En junio de 2016 padeció un episodio de disnea cuya persistencia y progresivo incremento motivó que acudiese el día 14 a Urgencias de ese hospital en donde se le practicó una radiografía de tórax y un TAC que detectaron hallazgos radiológicos compatibles con fibrosis pulmonar idiopática, por lo que se acordó su ingreso hospitalario a fin de completar el estudio diagnóstico.

Afirmaba que, lamentablemente, se confirmó la fibrosis pulmonar idiopática y el avanzado estadio que presentaba y por tanto su carácter irreversible, por lo que se le suministró tratamiento paliativo. Falleció el día 28 de junio de 2016.

Como consecuencia de la fulminante evolución del paciente, la reclamante solicitó una copia del historial clínico de su marido, en la que sorprendentemente constató que la fibrosis pulmonar idiopática que provocó el fallecimiento ya constaba reseñada en diferentes pruebas diagnósticas desde el año 2004 y cómo la persistencia y progresivo incremento de dicha patología se confirmó a través de las pruebas diagnósticas realizadas a lo largo de los sucesivos años, sin que en ningún momento se informase de ello al fallecido y, lo que es todavía más grave, sin adoptarse ninguna medida para confirmar el diagnóstico de dicha patología ni para aplicar las medidas terapéuticas precisas para evitar su permisivo desarrollo durante años, lo que ha provocado que se viera privado de la posibilidad de adoptar el correspondiente tratamiento terapéutico que erradicase la fibrosis pulmonar idiopática o que retrasase su progresión, siendo incluso privado de la posibilidad de poder apuntarse a la correspondiente lista de espera para someterse a un trasplante pulmonar.

Solicitó como prueba el historial médico del fallecido y que el Servicio Madrileño de Salud (en adelante, SERMAS) aportara los protocolos o guías médicas editadas para el diagnóstico y tratamiento de la fibrosis pulmonar idiopática.

No determinó la cuantía de la indemnización.

Aportó un documento privado en el que la reclamante otorga su representación al abogado, fotocopia de la hoja de matrimonio del Libro de Familia y certificado literal de fallecimiento.

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

El 10 de abril de 2002, cuando contaba con 54 años de edad, el marido de la reclamante acudió a Urgencias del Hospital Universitario Ramón y Cajal por disnea de dos días de evolución, que aparecía con mínimos esfuerzos, nunca antes había presentado disnea, no refería dolor torácico opresivo ni de características pleuríticas ni palpitaciones. Refirió que hacía una semana había tenido un episodio de retención de orina que se resolvió y le recomendaron acudir al urólogo cuando volviera a Madrid. Acudió ese día con retención urinaria aguda con globo vesical y se había notado esa mañana la pierna izquierda de mayor diámetro que la derecha.

Se le practicaron diversas pruebas y en la placa de tórax resultó: *“placa poco inspirada y blanda, infiltrados algodonosos punteados bilaterales, senos costofrénicos libres”*. Se estableció como juicio clínico: *“IRA [infección respiratoria aguda] obstructiva secundaria a RAO [retención aguda de orina]”*.

El 22 de abril de 2002 Urología hizo una interconsulta a Neumología que aconsejó nuevo control radiológico en 48-72 horas y según evolución, TAC torácico.

El 7 de mayo de 2002 se le realizó un TAC sin contraste que se informó:

“En mediastino se evidencian adenopatías subcentimétricas prevasculares, paratraqueales bilaterales, ventana aorto-pulmonar y subcarinales. En parénquima pulmonar hay una pérdida de volumen global de hemitórax izdo. con bronquiectasias, sin evidencia en el momento actual de infiltrado pulmonar agudo. En hemitórax izdo. hay bronquiectasis, a nivel del segmento anterior del L.S.D. No se evidencia derrame pleural”.

Se le diagnosticaron: *“Adenopatías mediastínicas descritas. Bronquiectasias en hemitórax izdo”.*

El 8 de mayo de 2002 se anotó en la historia *“preoperatorio correcto”* y respecto al TAC del día anterior, que el radiólogo descarta patología aguda infecciosa y patología neoplásica.

El 22 de mayo de 2002, previa firma del consentimiento informado, ingresó en el hospital citado en donde el 23 de mayo se le realizó una adenomectomía retropúbica según técnica de Millin. Fue dado de alta en situación clínica satisfactoria y sometido a revisiones periódicas en las consultas de Urología. El resultado histopatológico fue de adenocarcinoma prostático pobremente diferenciado Gleason 10 (5+5) que afecta al 95% del tejido remitido.

El Servicio de Oncología Radioterápica solicitó un TAC de tórax, abdomen y pelvis que se le realizó el 23 de abril de 2004 y que se

informó: *“No adenopatías mediastínicas. No evidencia de metástasis pulmonares. Alteraciones inespecíficas en parénquimas pulmonares. Fibrosis pulmonar”*. Diagnóstico: *“(…). No metástasis hepáticas ni pulmonares”*

En el TAC, solicitado por Oncología Radioterápica, realizado el 21 de marzo de 2005, con contraste oral e intravenoso, resultaron los siguientes datos de la exploración, en lo que nos interesa: *“En tórax: se evidencian adenopatías a nivel paratraqueal dcho. Nódulo pulmonar subcentimétrico en segmento anterior del lóbulo superior izdo. Periférico”*. En el diagnóstico se reflejó: *“Valorar con estudio previo las adenopatías mediastínicas y el nódulo pulmonar descrito”*.

En el TAC de 17 de marzo de 2006, con contraste oral e intravenoso: *“En tórax: Se aprecian adenopatías paratraqueales, cambios pleuroparenquimatosos crónicos, de predominio en base pulmonar izquierda. En LSI se observa una tenue y dudosa imagen nodular de 1 cm aprox”*. Diagnóstico: *“Control ca próstata. Nódulo pulmonar en LSI en seguimiento”*.

El TAC de control de 5 de noviembre de 2007 realizado con contraste: *“en pulmones no vemos clara evidencia de nódulos a excepción de uno calcificado, en lóbulo inferior derecho, subcentimétrico, pero sí existe enfermedad intersticial con patrón que sugiere panalización y fibrosis pulmonar”*. Diagnóstico: *“Carcinoma prostático en tratamiento. Control”*.

En el TAC de 26 de noviembre de 2008, con contraste, en los datos de la exploración del tórax se observó: *“En parénquima pulmonar, hay cambios relacionados con fibrosis pulmonar, presentando imágenes subpleurales de panalización y tractos de tipo cicatricial en base pulmonar izquierda”*. Diagnóstico: *“Fibrosis pulmonar”*.

El TAC de 4 de diciembre de 2009, prescrito por Oncología Radioterápica, al igual que todos anteriores, reveló: *“alteraciones de la arquitectura broncovascular con afectación predominante en bases, fibrosis pulmonar”*. Diagnóstico: *“Control evolución Ca de próstata. No metástasis pulmonares”*.

El 14 de junio de 2016 acudió a Urgencias e ingresó con disnea en relación con insuficiencia respiratoria a cargo del Servicio de Medicina Interna. Entre sus antecedentes personales se anotó: *“Bulla enfisematosa en un pulmón”*.

El 15 de junio por sospecha de TEP (tromboembolismo pulmonar) se le realizó un TAC torácico con contraste intravenoso en fase arterial pulmonar que se informó:

“No se visualizan defectos de repleción en árbol vascular pulmonar que sugieren TEP agudo. Parénquima pulmonar extensamente afectado por un patrón en « panal de abeja» más llamativo en el pulmón derecho, engrosamiento de septos interlobulillares y áreas e vidrio deslustrado que afectan más al LID. Bronquiectasias varicosas en todos los lóbulos. Estos hallazgos son compatibles con fibrosis pulmonar idiopática. Conclusión: No se observan signos de TEP. Hallazgos compatibles con fibrosis pulmonar idiopática e hipertensión pulmonar crónica”.

El TAC de tórax de 17 de junio de 2016 concluyó: *“fibrosis pulmonar idiopática. Adenopatías mediastínicas bilaterales, inespecíficas”*.

El 18 de junio de 2016 ingresó en la UVI por instauración brusca e cuadro clínico, empeoramiento y ausencia de mejoría.

A pesar del tratamiento, su evolución fue tórpida y falleció el 28 de junio de 2016 por parada cardio-respiratoria e hipotensión refractaria.

TERCERO.- Presentada la reclamación, el 28 de febrero de 2017, la aseguradora del SERMAS acusó recibo de la declaración del siniestro que le había sido remitida ese mismo día.

La jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas notificó telemáticamente al abogado la recepción de la reclamación y su admisión a trámite así como la normativa de aplicación y le requirió para que indicara la evaluación económica de la indemnización solicitada o los criterios con los que pretendía que fuera fijada. Consta que la notificación fue aceptada el 22 de marzo de 2017.

Se ha incorporado la historia clínica del fallecido.

Figura el informe de 6 de abril de 2017 del jefe del Servicio de Neumología:

“Después de revisar detalladamente la Historia Clínica del paciente D. (...) sólo consta una atención por parte del Servicio de Neumología (22-4-2002) en forma de Parte Interconsulta durante un ingreso a cargo del Servicio de Urología. En dicho Parte Interconsulta se indica la realización de una TAC torácica que se realiza el 06-05-2002 y en la que se objetiva pérdida de volumen del hemitórax izquierdo y bronquiectasias en dicho hemitórax.

El paciente fue atendido en el Centro de Especialidades con fecha 17-03-2003 sin seguimiento posterior por nuestra parte. La primera evidencia de fibrosis pulmonar data de un escáner solicitado por el Servicio de Oncología Radioterápica con fecha 27-04-2004. En ese momento no hay constancia en la Historia Clínica de que el Servicio

de Neumología fuera interconsultado para evaluar dicho hallazgo radiológico”.

El 21 de marzo de 2017, la jefa de Servicio de Oncología Radioterápica informó:

“(…), he revisado la historia clínica y he comprobado que la mayor parte del tiempo el paciente fue atendido en el Servicio de Oncología Radioterápica por el Dr. (...), que actualmente y desde finales del año 2014 no trabaja en este centro, y en otros momentos por el Dr. (...).

El paciente era visto en el Servicio de Oncología Radioterápica por un Carcinoma de próstata, del que fue tratado con radioterapia en 2003 y se encontraba controlado en la fecha de la última revisión. No veo referido en los comentarios de evolución que el paciente refiriese clínica respiratoria. Revisadas los informes de las pruebas de imagen (TAC de tórax-abdomen-pelvis) se informa en algunos de ellos de lesiones compatibles con fibrosis pulmonar, sin que quede reflejado en la historia si al paciente se le remitió en algún momento a otro servicio para valoración de dicha patología, lo que no significa que no se realizase. Lo que sí se refleja es que los TAC se comparaban por la existencia de adenopatías a nivel mediastínico y de un nódulo pulmonar inespecífico, que se mantuvieron estables durante todo el tiempo”.

El 24 de marzo de 2017 informó el jefe de Servicio de Urología y señaló que adjuntaba informe de 23 de marzo de 2017 del Facultativo Especialista de Área -responsable de la atención médica y seguimiento del paciente- con el visto bueno del jefe de Servicio de Urología en el que se describe la asistencia sanitaria prestada. En síntesis, indicaba el jefe de Servicio:

“fue intervenido de una Adenomectomía retropúbica en Mayo del 2002, documentándose en el estudio histopatológico un Adenocarcinoma de próstata altamente indiferenciado (Gleason 10), circunstancia que se confirmó en biopsia prostática llevada a cabo sobre la glándula residual con fecha de Junio del 2002. Ante esta situación el paciente fue remitido al Servicio de Oncología Radioterápica para llevar a cabo el tratamiento médico ajustado a guía clínica, consistente en deprivación androgénica y radioterapia externa. La evolución del paciente en este tiempo fue favorable desde el punto de vista oncológico encontrándose en su última revisión, en 2016, en buen control de su cáncer de próstata, a pesar de la alta agresividad de la neoplasia a su diagnóstico 14 años antes.

En el estudio de extensión que le fue solicitado al paciente desde el Servicio de Urología en Mayo del 2002, en el que se incluía un TAC torácico (08/05/2002) se objetivaron bronquiectasias, pérdida de volumen de hemitórax izquierdo sin evidencia de infiltrado pulmonar. Con fecha 12/09/2003 desde el Servicio de Urología se solicitó un nuevo TAC abdominal, donde consta la ausencia de derrame pleural sin ningún otro dato en relación al pulmón.

El primer informe de TAC donde consta la existencia de fibrosis pulmonar corresponde a un TAC toracoabdominopélvico. Este TAC había sido solicitado desde el Servicio de Oncología Radioterápica, siendo realizado el 23/04/2004”.

El 8 de febrero de 2018 el abogado de la reclamante comunicó el cambio de domicilio profesional a efectos de notificaciones.

El 3 de marzo de 2018 emitió informe la Inspección Sanitaria en el que expuso que la fibrosis pulmonar idiopática es una de las

enfermedades más devastadoras que afecta al aparato respiratorio con una sobrevida promedio de 2-3 años después del diagnóstico. Su etiología es desconocida y su historia natural está comenzando a revelarse con el descubrimiento de distintos fenotípicos clínicos. La enfermedad no tiene ningún tratamiento efectivo y serán necesarios numerosos ensayos clínicos multicéntricos para encontrar el, o la combinación de medicamentos que estabilice, y en lo posible revierta el proceso fibrótico.

Señaló que los síntomas más frecuentes son disnea de esfuerzo y tos. El síntoma cardinal es la disnea de esfuerzo progresiva, que suele asociarse a alteraciones en la radiografía de tórax. No obstante, los pacientes pueden presentar disnea con radiografía de tórax normal, o bien estar asintomáticos y descubrirse la enfermedad por un estudio radiológico realizado por otro motivo.

Manifestó que no existe ningún tratamiento que modifique el pronóstico de la enfermedad. De las estrategias terapéuticas utilizadas, la única que se ha demostrado útil para aumentar ligeramente la supervivencia es la asociación de glucocorticoides con azatioprina y, sobre el tratamiento actual de la FPI (2016): Fármacos antifibróticos que han demostrado beneficio terapéutico: Pirfenidona (Esbriet®) y Nintedanib (Ofev®).

Se ha incorporado al expediente informe médico pericial de 28 de mayo de 2018 suscrito por un médico especialista en Medicina Interna que analizaremos posteriormente.

El 24 de septiembre de 2018 se notificó al letrado la concesión del trámite de audiencia. No consta que formulara alegaciones.

El 12 de febrero de 2019, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

CUARTO.- Por escrito de 5 de marzo de 2019 del viceconsejero de Sanidad actuando por delegación, con fecha de registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 6 de marzo, se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta, registrada con el nº 104/19, al letrado vocal Dña. M^a del Pilar Rubio Pérez de Acevedo que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el 22 de abril de 2019.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo estaba acompañado de documentación -en soporte CD-, adecuadamente numerada y foliada, 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, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada, a solicitud del órgano legitimado para ello, de conformidad con 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 presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, dada la fecha de su presentación, se rige por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

La reclamante está legitimado activamente al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP y el artículo 4 de la LPAC por haber sufrido el daño moral derivado del fallecimiento de su esposo que atribuye al mal funcionamiento del servicio público sanitario. No obstante, atribuye su representación a un abogado mediante un escrito firmado por ella. En este punto, hemos de advertir que, como ha señalado esta Comisión en sus dictámenes, 208/17, de 25 de mayo, y 161/18, de 12 de abril, entre otros, si bien es cierto que, en el ámbito privado el artículo 1710 del Código Civil establece que el mandato puede ser expreso o tácito, y que el expreso puede otorgarse en documento público o privado, y aun de palabra, en el ámbito del procedimiento administrativo, el artículo 5 de la LPAC, al igual que antes el artículo 32 LRJ-PAC, es muy explícito al exigir la acreditación de la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado, para, entre otros supuestos, formular solicitudes, categoría en la que, a falta de exclusión del legislador, debe considerarse incluida la presentación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial. Se infiere así que los documentos privados no cumplen el requisito de fehaciencia impuesto por la normativa de procedimiento administrativo.

No obstante, la Administración sanitaria no discutió dicha representación, ni requirió su acreditación creó en la reclamante una

confianza legítima, que impide que pueda verse perjudicada por esta forma de actuación de la Administración.

Por otra parte, la reclamante reprocha la falta de información a su marido, aspecto por el cual no está legitimada para reclamar por tratarse de un derecho personalísimo del paciente.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid en cuanto la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño por tratarse de un hospital perteneciente a su red asistencial.

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 (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, el marido de la reclamante falleció el 28 de junio de 2016 por lo que la reclamación presentada el día 13 de febrero de 2017 se ha formulado en el plazo legal.

En cuanto al procedimiento, se han recabado los informes de los servicios a los que se imputa la producción del daño en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC. Además, el instructor ha solicitado un informe a la Inspección Sanitaria y se ha incorporado la historia clínica y un informe pericial médico. Posteriormente, se concedió el trámite de audiencia a la reclamante, que no formuló alegaciones.

Finalmente, en los términos previstos en el artículo 91 de la LPAC, se ha dictado propuesta de resolución desestimatoria al considerar correcta la asistencia sanitaria prestada.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido

trámite alguno 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, 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 en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP que, en términos generales, coincide con la que se contenía en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (recurso de casación 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere:

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 de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

c) ausencia de fuerza mayor, y

d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Sobre el concepto de lesión, la Sentencia de 16 de marzo de 2016, recurso de casación 3033/2014, entre otras, destaca que es este concepto 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.

En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitario. La obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, las sentencias de 15 de marzo de 2018 -r.c. 1016/2016-, 4 de julio de 2013 -r.c. 2187/2010- y 21 de diciembre de 2012 -r.c. 4229/2011-) afirma que en la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria *«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 dirige su reproche al mal funcionamiento de la Administración Sanitaria pues considera que la falta de información a su marido de la fibrosis pulmonar que padecía unido a la falta de tratamiento de dicha enfermedad, ha provocado su fallecimiento.

En primer lugar, ha de recordarse que, según el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde a quien reclama, sin perjuicio de que se pueda modular dicha carga en virtud del principio de facilidad probatoria. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2017 (recurso 909/2014):

“Este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio

de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias Tribunal Supremo (3^a) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)”.

Es por tanto al reclamante a quien incumbe probar mediante medios idóneos que la asistencia que se le prestó no fue conforme a la *lex artis*, entendiendo por medios probatorios idóneos según la Sentencia de 18 de marzo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (r. 154/2013) *“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 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación 2228/2014) señala: *“Así es, 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”.*

La Inspección Sanitaria analizada la asistencia prestada y destaca que en 2004 el TAC realizado a instancia del Servicio de Oncología, se informa como *“alteraciones inespecíficas en parénquimas pulmonares, fibrosis pulmonar”.* En 2005, 2006 y 2007 en los TACs realizados se siguen apreciando imágenes pulmonares y concretamente en el de

2007 se informa como “...enfermedad intersticial con patrón que sugiere panalización y fibrosis pulmonar...” que no son consideradas relevantes por Oncología. En 2008, el TAC es informado con más detalle y el diagnóstico es de “Fibrosis pulmonar”. Estos hallazgos siguen sin ser relevantes para Oncología, incluso en revisión de Urología se hace referencia a este TAC: “TAC toraco-abdomino-pélvico solicitado por oncología normal”. En 2009, último TAC que vemos en la historia, vuelve a ser informado como: “alteraciones de la arquitectura broncovascular con afectación predominante en bases, fibrosis pulmonar”. Y en la consulta de Urología de 15 de diciembre de 2009, consta anotado que “el TAC de tórax de diciembre es normal”. Por lo que Urología igual que Oncología no dieron la mínima importancia a los hallazgos radiológicos descritos por el servicio de radiodiagnóstico de forma reiterada.

No consta en la historia que desde el 2009 se hayan realizado más TAC, pero el paciente ha seguido con sus revisiones anuales en ambos servicios hasta el 2016.

Afirma la Inspección que es muy importante resaltar que a lo largo de todos estos años no hay ni un solo comentario clínico anotado en su historia clínica sobre que el paciente se quejara o refiriera cuadro de dificultad respiratoria o algún otro síntoma respiratorio, y que por tanto, se pudiera relacionar con los hallazgos radiológicos de fibrosis pulmonar y destaca lo descrito en la bibliografía: “Los síntomas más frecuentes son disnea de esfuerzo y tos. El síntoma cardinal es la disnea de esfuerzo progresiva, que suele asociarse a alteraciones en la radiografía de tórax. No obstante, los pacientes pueden presentar disnea con radiografía de tórax normal, o bien estar asintomáticos y descubrirse la enfermedad por un estudio radiológico realizado por otro motivo. En

general, la disnea es lentamente progresiva y durante un tiempo puede ser el único síntoma”.

Señala que ha consultado HORUS y tampoco a nivel de Atención Primaria ha habido episodio relacionado con patología respiratoria.

Y concluye: *“A la vista de las actuaciones practicadas es difícil pronunciarse sobre si la actuación médica de los servicios del Hospital Ramón y Cajal, implicados en el proceso asistencial del paciente ha sido la correcta o no, ya que:*

El proceso oncológico diagnosticado al paciente en 2002, adenocarcinoma de próstata de alto grado, ha sido revisado anualmente hasta el año 2016, permaneciendo en situación de remisión completa. Las pruebas solicitadas anualmente, entre otras un TAC toraco-pélvico-abdominal, iban encaminadas a descartar o no la presencia de metástasis, sobre todo pulmonar, y no se consideraron relevantes los hallazgos que orientaban a la presencia de una fibrosis pulmonar.

No se consideraron relevantes estos hallazgos dada la ausencia de clínica respiratoria, que el paciente nunca refirió antes de su ingreso el 14 de junio de 2016 por cuadro de disnea progresiva que evolucionó desfavorablemente en 15 días hasta su fallecimiento.

Se desconoce en caso de que si se hubiera dado valor a estas pruebas de imagen del TAC y se hubiera podido completar su estudio con pruebas funcionales respiratorias e incluso realizar una biopsia pulmonar, se hubiera evitado el fallecimiento del paciente por esta causa, ya que no existen tratamientos que modifiquen el pronóstico de la enfermedad, aunque recientemente se están utilizando fármacos antifibróticos, recomendándose por la SEPAR un actitud expectante en pacientes asintomáticos.

- A pesar de llegar a un diagnóstico definitivo, esta enfermedad tiene una supervivencia media de 2-3 y 2-5 años (según series), después de su diagnóstico”.

El informe médico pericial emitido por un especialista en Medicina Interna, después de realizar una serie de consideraciones médico periciales, señala los fármacos que han demostrado cierta eficacia para el tratamiento de la fibrosis pulmonar son la pirfenidona y el nintedanib fueron aprobados por la FDA en octubre de 2014. No obstante, aún están en estudio y se está investigando si la combinación de ambos podría ofrecer una mayor efectividad lo que da una idea de que aún no existe un tratamiento realmente eficaz para esta enfermedad.

Este informe alcanza las siguientes conclusiones:

“1. El paciente ingresó en Junio de 2016 por una rápida progresión de su fibrosis pulmonar que es la evolución habitual en los pacientes que permanecen asintomáticos durante años desde el diagnóstico.

2. Se pusieron a disposición del paciente los medios diagnósticos necesarios para la evaluación de sus patologías de base.

3. En el caso de la fibrosis pulmonar, se estableció el diagnóstico por TAC y dado que el paciente se encontraba asintomático se optó por la actitud expectante dado que en las fechas de la valoración la enfermedad no tenía tratamiento alguno.

4. El paciente no presentó síntomas de fibrosis pulmonar hasta el ingreso que finalizó en su fallecimiento.

5. Los fármacos aprobados para el tratamiento de la enfermedad no estaban aprobados para su uso en los años en los que el paciente la presentó, salvo en el último episodio en Junio de 2016. La alternativa terapéutica utilizada en cuidados intensivos es totalmente correcta”.

Y, finalmente, concluye que *“La asistencia dispensada al paciente en el Hospital Ramón y Cajal con motivo de una fibrosis pulmonar fue acorde con la lex artis ad hoc”.*

Ante la falta de aportación de un informe pericial por la reclamante, hemos de valorar los que figuran en el expediente.

En este sentido, observamos que el paciente padecía una enfermedad, adenocarcinoma de próstata de alto grado que, con el tratamiento, remitió. El objetivo de las revisiones consistió en analizar la evolución de esa grave enfermedad y la existencia o no de metástasis.

Respecto a la fibrosis pulmonar el informe pericial y el de Inspección coinciden en su mal pronóstico y en que no existen tratamientos que modifiquen el pronóstico de la enfermedad. El perito señala, además, que el tratamiento no fue aprobado hasta octubre de 2014.

Asimismo ambos coinciden en que el paciente estaba asintomático por lo que, según las recomendaciones científicas, se podía adoptar una actitud expectante.

Ahora bien, es cierto que, según los informes analizados, la enfermedad en el momento en el que se le detectó, no tenía tratamiento y que, en todo caso, en el momento actual, no tiene cura pero también

lo es que puede deducirse una cierta pérdida de oportunidad entendida como privación al paciente de un seguimiento por parte del Servicio de Neumología, seguimiento que no se produjo a pesar de los hallazgos radiológicos.

La jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidad, como hemos indicado en anteriores dictámenes, entre otros, el 150/18, de 22 de marzo y el 563/18, de 20 de diciembre, aparece reflejada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012, con cita de la sentencias de 25 de junio y 23 de septiembre de 2010, en las que se afirma:

«Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” ... se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, 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».

Asimismo, el Tribunal Supremo, en sentencias de 13 de julio de 2005 y 12 de julio de 2007, manifiesta que *“para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala*

praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios”.

Y, en sentencia de 24 de abril de 2018 (recurso 447/2016) destaca:

“(...) la doctrina de la pérdida de oportunidad, según constante jurisprudencia, centra su atención en el nexo causal, en la estructura general de la responsabilidad de las Administraciones, porque si bien el resultado lesivo del tratamiento no tiene como causa el tratamiento a que ha sido sometido el perjudicado, se genera la duda de que si se hubiese prestado una asistencia, un tratamiento diferente, pudiera haberse reducido los efectos de la enfermedad o las lesiones, pero sin desconocer que la asistencia que le fue prestada era la aconsejable y procedente a las vista de las circunstancias concurrente, que es lo que concluye la Sala de instancia”.

En el presente supuesto, para proceder a la valoración de esta pérdida de oportunidad deben tenerse en cuenta los factores mencionados, esto es, la inexistencia de tratamiento para dicha enfermedad (al menos hasta octubre de 2014), la inexistencia de tratamientos que modifiquen el pronóstico de la enfermedad, su mal pronóstico, así como el hecho de que el paciente se encontrase asintomático.

En consecuencia, procede valorar la cuantía de la indemnización correspondiente a la pérdida de oportunidad en un importe total de 6.000 euros.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación formulada y reconocer a la reclamante una indemnización de 6.000 euros.

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 22 de abril de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 164/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid