

Dictamen nº: **201/17**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **18.05.17**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 18 de mayo de 2017, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. ....., D. .... y D. .... y por D. .... por el fallecimiento de Dña. .... y que atribuyen al retraso en el diagnóstico de un cáncer de páncreas por el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito presentado en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) el día 15 de julio de 2015 los interesados antes citados, formulan reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria prestada por el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda en el diagnóstico de un cáncer de páncreas (folios 1 a 28).

Según refieren los reclamantes en su escrito, la paciente de 57 años de edad, con antecedentes de enfermedad de Von Willebrand´s, portadora del virus de hepatitis C, hipertensión arterial por tratamiento

con betabloqueantes y diuréticos, fue sometida a los correspondientes controles de su hepatitis en el citado centro hospitalario el 8 de abril de 2011 y 4 de abril de 2014 mediante ecografía abdominal. En la revisión realizada en abril de 2011 la prueba realizada mostraba formaciones anecogénicas con esfuerzo acústico posterior en segmentos V y VI de 3 y 2,4 cm., respectivamente y otra en el segmento IV de 1,9 cm que fueron calificadas como quistes hepáticos simples. La ecografía abdominal hecha en la revisión de abril de 2014 mostró formaciones anecogénicas con esfuerzo acústico posterior compatibles con quistes simples, localizadas en segmento V y VI de 2,4 y 2,6 cm, respectivamente y otra en el segmento IV de 2,3 cm. y adenopatías peripancreáticas, la de mayor tamaño de 1,3 cm.

Refieren que, a pesar de los hallazgos, el especialista en Digestivo no consideró pertinente ampliar el estudio y con los resultados de una analítica realizada el 19 de junio de 2013) señaló cita para nueva revisión en mayo de 2015.

Los reclamantes exponen que el 16 de julio de 2014 la paciente tuvo que acudir a consultas externas de Neurocirugía de un centro privado en Oviedo por presentar síndrome febril, lumbalgia bilateral y obnubilación, fue derivada al Servicio de Urgencias y se acordó su ingreso para estudio y tratamiento. Tras la realización de análisis que mostró algunas cifras alteradas y ecografía abdominal que identificaba 3 imágenes quísticas en lóbulo derecho de 27, 26 y 20 mm, marcada desestructuración de la ecogenicidad del parénquima con áreas levemente hipoecogénicas mal delimitadas y adenopatías a nivel de hilio hepático y área celiaca, con leve esplenomegalia se realizó un TAC abdominal. Consideran que el Hospital Puerta de Hierro de Majadahonda debió haber realizado más pruebas ante los resultados observados en la ecografía abdominal como se hizo en el centro médico del Principado de Asturias y que hubo *mala praxis* en la atención sanitaria prestada a la paciente.

Solicitan una indemnización de 243.906,88 €, de los cuales 168.718,29 € lo son por daños “iure proprio” sufridos por el fallecimiento de su familiar y 75.188,59 € por los daños mortis causa sufridos por la paciente que estuvo desde el 8 de abril de 2011 en que comenzó con sintomatología hasta el 15 de julio de 2014 sin un diagnóstico adecuado (1.184 días no impeditivos) más 89 días impeditivos de los cuales 62 de ingreso hospitalario.

Acompañan su escrito con fotocopia del Libro de Familia, informes de las ecografías abdominales realizadas en abril de 2011 y abril de 2014, analítica realizada en junio de 2013 e informes y pruebas realizadas en el centro sanitario que atendió a la paciente en Asturias, informe del Hospital Puerta de Hierro de 30 de julio de 2014 en el que figura el diagnóstico de adenocarcinoma de páncreas estadio IV con afectación hepática y ganglionar e informes del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz (folios 29 a 57).

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

Dña. ....., nacida en 1957, con antecedentes personales de hipertensión arterial, hepatitis por virus de hepatitis C (VHC) genotipo 1b, depresión mayor y déficit de von Willebrand y tratamiento habitual con Atenolol, Cymbalta, Deprax y Neurontin era atendida esporádicamente en el Hospital Universitario Puerta de Hierro.

El día 21 de marzo de 2011 fue atendida en consultas externas del Servicio de Digestivo del Hospital Puerta de Hierro por una hepatitis C genotipo 1 b diagnosticada hacía 16 años a raíz de una analítica en el embarazo. La paciente había sido estudiada por el Dr. .... hacía 15 años con una biopsia hepática “*que no conserva*”. Había sido seguida en el Hospital La Paz por el Dr. .... y tratada con PEG más RIBA en 2004 sin respuesta (durante 6 meses) con adecuado cumplimiento. La

tolerancia fue aceptable. Aportaba una analítica con transaminasas normales y según se anota en la historia clínica, *“viene a evaluar la posibilidad de recibir nuevo tratamiento. Se pide analítica y Fibroscan”*.

El día 8 de abril de 2011 fue vista en la Unidad de Endoscopia Digestiva, consta informe que indica como juicio diagnóstico de quistes hepáticos simples, resto de la exploración sin hallazgos significativos, Fibroscan F0-F1.

El día 11 de abril de 2011 la paciente aportó una biopsia de hepática de 1994 con índice de Knodell 2 sin fibrosis. Presentaba analítica normal, ecografía sin hallazgos y Fibroscan F0-F1. Se pautó revisión en 6 meses. *“En resumen paciente no respondedora (respuesta parcial) con Fibroscan F0-F1 y transaminasas normales”*.

El día 24 de octubre de 2011 volvió a ser vista en Consultas Externas de Digestivo. Se valoró nueva analítica realizada y tratamiento. Según consta en la historia: *“Se trata por tanto de una paciente no respondedora con transaminasas normales y Fibroscan F0-F1. La idea sería esperar a segunda generación de triple terapia o hacer lead-in para ver la respuesta a PEG\*RIBA antes de añadir triple terapia”*.

El día 19 de junio de 2013 fue vista en consultas externas de Digestivo. Según se refleja en la historia: *“(La veo de forma imprevista porque veo en la consulta general a su marido). Paciente mujer de 56 años de edad con hepatitis crónica por VHC genotipo 1b. F0-1 en Fibroscan. Paciente clínicamente asintomática. Me pregunta si puede realizar alguna técnica de cribado de CCR (sin AF). Plan: 1) Solicito analítica, eco, fibroscan y SOH”*.

Realizada nueva ecografía abdominal por la Unidad de Endoscopia Digestiva el día 4 de abril de 2014, el hígado mostraba tamaño, morfología y ecogenicidad conservados, bordes lisos y regulares. Se objetivaban varias formaciones anecogénicas con refuerzo acústico

posterior compatibles con quistes simples, las de mayor tamaño se localizan en segmento V y VI de 24 y 26 mm respectivamente y otra en el segmento IV de 23 mm. No LOES. El páncreas era normal, *“adenopatías peripancreáticas, la de mayor tamaño mide 13 mm”*. Se realizó Fibroscan obteniéndose una puntuación de elasticidad hepática de 5,4 KaP que se correspondía con un estadio de fibrosis no significativo F0-Fa. *“La exploración cumple con los criterios de idoneidad (IQR 1, tasa de éxito: 100%”*.

La siguiente anotación de la historia clínica corresponde al día 7 de abril de 2014. Se anotan los resultados de la analítica, Fibroscan F0-F1 y se indicó revisión en 1 año.

En la historia clínica remitida por el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz aparecen los resultados de una analítica realizada el día 24 de junio de 2014, solicitados por el Dr. ....., del Centro de Salud Argüelles.

La paciente consultó en Atención Primaria, en Asturias, a inicios de julio de 2014, por un cuadro de lumbalgia bilateral siendo tratada con antiinflamatorios, miorrelajantes y corticoides, sin mucha mejoría. A esto se añadía astenia, y somnolencia los últimos días (no referían pérdida de peso o anorexia).

Tras constatarse incontinencia urinaria, sensación febril y debilidad de extremidades inferiores se inició tratamiento antibiótico, y, al día siguiente, acudió al hospital, Centro Médico Asturiano, el día 16 de julio.

Se exploró en Urgencias y se realizó analítica general, punción lumbar, radiografía de tórax y columna y TAC craneal. También ecografía abdominal, resonancia, gastroscopia y colonoscopia.

Un TAC de abdomen y pelvis mostró en cola de páncreas una masa quística/necrótica de aspecto tumoral de 34x24mm.

El PET confirmó la masa pancreática compatible con carcinoma de páncreas, describiéndose adenopatías retroperitoneales altas peripancreáticas, en el hilio hepático, retrocruceal derecha, laterocervicales izquierdas bajas y en el mediastino. Existían metástasis hepáticas y en cuello femoral derecho.

Ya que la paciente residía en la Comunidad de Madrid se trasladó a su hospital de referencia.

El mismo día del alta ingresó en Hospital Puerta de Hierro de forma programada para completar el estudio diagnóstico (22 de julio de 2014). Con los antecedentes mencionados, ingresa directamente para la realización de una biopsia endoscópica.

Se repitió la analítica completa y de marcadores: antígeno carcinoembrionario (CEA): 59.0ng/ml (0.0-3.0), antígeno CA 125: 308.0 U/ml (0.0-35.0), antígeno CA 19-9: 11.0 (0.0-40.0).

Al día siguiente, se realizó ecoendoscopia identificando una lesión heteroecogénica de 42x37mm localizada en la cola del páncreas, de aspecto maligno y que entraba en contacto con la vena esplénica (No se pudo tomar material para estudio histológico). Se informó de afectación metastásica ganglionar (peripancreática y perigástrica) y hepática.

Se completó el estudio tomando biopsia guiada con TAC. Se obtuvo material celular de hígado y ganglio linfático laterocervical izquierdo, ambos resultaron positivos para células tumorales malignas (adenocarcinoma). Se procedió a solicitar estudio inmunohistoquímico a fin de descartar otros posible orígenes menos probables. El perfil resultante confirmó adenocarcinoma de origen pancreático.

Tras interconsulta a hematología (transfundieron 1 concentrado de hematies), nutrición y a la unidad del dolor, se pautó tratamiento. Fue alta el día 31 de julio con diagnóstico de adenocarcinoma de páncreas estadio IV, ya que la familia había decidido ingreso en un centro privado. Siguiendo la información aportada, el día 13 de agosto comenzó quimioterapia con Gemcitabina /Abraxane y más tarde solo con Gemcitabina (ya que recibió radioterapia antiálgica).

El día 19 de septiembre fue trasladada desde el Hospital Sanchinarro (donde estaba ingresada desde el día 17 de septiembre) para ingreso programado en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz en la Unidad de Cuidados Paliativos, *“para continuar tratamiento y cuidados, a petición de su esposo”*.

A la exploración, la paciente presentaba desorientación en probable relación con encefalopatía. En TAC de abdomen aparecían imágenes compatibles con metástasis peritoneales y nuevas lesiones líticas vertebrales.

El día 8 de octubre presentaba insuficiencia hepática, encefalopatía hepática, ascitis, trombopenia, trombosis venosa profunda, hiponatremia, desnutrición, y estaba en situación de últimos días (Escala ECOG 4, índice de Karnofsky de 20 y PPS 30).

Su evolución fue rápidamente desfavorable, con encefalopatía hepática progresiva. Falleció por fallo multiorgánico secundario al proceso oncológico el día 12 de octubre de 2014.

Se realizó autopsia a petición familiar, al día siguiente, y limitada a cavidad abdominal. Se observaron placas en peritoneo parietal y tomaron muestras de hígado, páncreas, riñones, pulmones, ganglios y bazo. Microscópicamente hallaron neoformación epitelial maligna en la cola del páncreas, que infiltraba el tejido fibroadiposo perivisceral y

similares imágenes a nivel hepático, ganglionar y en trocánter de fémur derecho. El índice proliferativo mediante ki-67 se estimaba como próximo al 50%. El informe de autopsia señaló: *"Adenocarcinoma de cola de páncreas ductal sólido de alto grado citológico (III) con diferenciación dual neuroendocrina. Metastatiza por vía hematogena masivamente en hígado, cuerpo de páncreas, bazo, trocánter y cabeza de fémur derechos; por vía linfática a ganglios retroperitoneales"*.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación y acordada la instrucción del expediente, se tramita conforme a lo previsto en el Reglamento que regula el Procedimiento en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (en adelante, RPRP).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10 del RPRP, se ha incorporado al expediente un informe, de fecha 3 de agosto de 2015, del jefe de Servicio de Gastroenterología y Hepatología del Hospital Puerta de Hierro (folio 102) que dice:

*"Dña (...) ha sido vista de manera esporádica en este centro por una infección por VHC sin fibrosis y seguida (su esposo es médico) fuera de este hospital de manera frecuente.*

*El día 17 de Junio de 2013 fue vista en la Consulta General a petición de su esposo que estaba citado como paciente ese día. El motivo de esa consulta fue, según consta en la historia, el despistaje de la presencia de cáncer de colon en una paciente asintomática. Ese día se le solicita una analítica, una sangre oculta en heces y una ecografía abdominal con Fibroscan.*

*La paciente voluntariamente se cita la analítica y la ecografía con fibroscan el día 4 de Abril de 2014 ( casi 10 meses después). No se citó nunca la sangre oculta en heces.*

*La paciente fue vista en la Consulta de Hepatología, estando la paciente completamente asintomática, con los resultados de la analítica y ecografía el día 7 de Abril de 2014. La analítica completa (más de 50 parámetros) fue rigurosamente normal. La ecografía abdominal mostraba un hígado con quistes simples hepáticos (lesiones anecogénicas con refuerzo posterior), un sistema vascular normal y donde se describía explícitamente la presencia de un páncreas de aspecto normal. En esa misma ecografía se describe la presencia de varias adenopatías peripancreáticas de aspecto inespecífico, hallazgo muy frecuente en los pacientes infectados por VHC. De hecho la adenopatía que se mide específicamente se encuentra situada en la cabeza pancreática, a diferencia del tumor posteriormente diagnosticado que se sitúa en la cola pancreática. El fibroscan seguía mostrando una fibrosis F0-F1.*

*La paciente fue citada, según protocolo habitual en pacientes sin fibrosis, para la revisión en un año, diciéndole que acudiera a nueva consulta si aparecía algún síntoma.*

*En el mes de Julio, fue trasladada desde Asturias, observándose una masa pancreática de aspecto maligno en la cola pancreática con múltiples metástasis, afectación del sistema vascular y presencia de múltiples colaterales vasculares. En ese momento se observa también un cambio en la analítica hepática con alteración de las transaminasas y un cambio en la sintomatología presentando dolor lumbar de intensidad importante, motivo de la consulta en Asturias. Ninguna de estas alteraciones estaban presentes en la ecografía (con sus correspondientes fotografías) realizada en el mes de Abril.*

*La paciente fue derivada a Oncología Médica. El curso de la enfermedad fue muy agresivo falleciendo el día 12-10-2014.*

*En este sentido es importante recordar que solo el 15% de los tumores pancreáticos son operables, y por tanto curables, en el momento del diagnóstico. Incluso en las series con mejores resultados, de ese escaso número de pacientes que se operan, solo sobrevive el 15% a los 5 años.*

*Todo lo anteriormente expuesto acredita que el manejo diagnóstico y terapéutico de esta paciente fue correcto en todo momento siguiendo los protocolos nacionales e internacionales vigentes a este respecto”.*

Solicitado informe a la Inspección Sanitaria, con fecha 27 de enero de 2016, se emite éste (folios 292 a 300). El médico inspector concluye:

*“Se iniciaron síntomas a inicio de julio de 2014, en Asturias, que llevaron a sospechar cáncer de páncreas. En el Hospital Puerta de Hierro se confirmó histológicamente y se trataron los síntomas.*

*El tratamiento quimioterápico (en centro privado), no fue efectivo. La rápida progresión de la enfermedad con gran afectación del estado general, justificó su ingreso en cuidados paliativos (Fundación Jiménez Díaz), donde la paciente falleció a los cuatro días.*

*La gravedad del diagnóstico no pudo plantear más que tratamiento paliativo. La supervivencia de la paciente desde el inicio de los síntomas se ajusta a la esperada según la extensión inicial del tumor. Se informó del diagnóstico y del pronóstico infausto.*

*No existe un programa de detección precoz de cáncer de páncreas. La paciente acudía a revisiones esporádicas para revisión de infección por VHC y realizaban los estudios programados para este objetivo. Las imágenes siempre se informaron dentro de la normalidad, las analíticas fueron normales y la paciente estaba asintomática.*

*No hay datos de síntomas previos a los que se manifestaron en julio de 2014 que puedan avalar una desatención por parte de los médicos del SERMAS.*

*Tras el fallecimiento, la autopsia no invalidó ninguno de los datos manejados durante la asistencia a la paciente, confirmando la gravedad de su situación, el origen y localización de las lesiones, y el origen, vía y diana de los implantes metastásicos.*

*La asistencia ofrecida por el personal del SERMAS se demostró excelente, tanto a nivel de los estudios programados para seguimiento de VHC como de la confirmación del diagnóstico de cáncer y la asistencia paliativa. Los medios empleados han sido adecuados, rápidos y de calidad, siguiendo los protocolos científicos.*

*No hay razón para indemnización”.*

Tras la incorporación al procedimiento del anterior informe y de la historia clínica, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia a los interesados, notificado el día 15 de septiembre de 2016, sin que conste que hayan formulado alegaciones.

Los reclamantes han interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial (Procedimiento Ordinario 300/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Décima).

Consta en el expediente propuesta de resolución de 6 de marzo de 2017, en la que se acuerda desestimar la reclamación presentada al concluir que la asistencia sanitaria prestada fue correcta y ajustada a la *lex artis* (folios 516 a 519).

**CUARTO.-** Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 21 de abril de 2017 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 156/17, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 18 de mayo de 2017.

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 superior a quince mil euros y por 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, iniciado a instancia de interesado, según consta en los

antecedentes, se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas según establece su artículo 1.1. No obstante, de conformidad con su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación presentada el 30 de septiembre de 2015, resulta de aplicación la normativa anterior, esto es, los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), que han sido desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Ostentan los reclamantes la condición de interesados para promover el procedimiento, al amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, por cuanto sufren el daño moral causado por la deficiente asistencia sanitaria. En el caso que nos ocupa, está acreditado el fallecimiento de la paciente, que provoca a sus familiares un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 –recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999). Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los reclamantes con el finado, mediante fotocopia del Libro de Familia.

En relación con la indemnización reclamada como perjudicados por *“los daños físicos (avance de la enfermedad) y morales (observar que la enfermedad evoluciona de forma tórpida y que cuando se intenta poner remedio es tarde solo queda esperar el fallecimiento con tratamientos paliativos, que no curativos) que sufrió en vida la víctima, que sí formaron parte del caudal hereditario al nacer directamente en cabeza del*

*perjudicado (la víctima), en ese momento la madre de los reclamantes, y, en consecuencia, pasar a formar parte del caudal hereditario” que se reclaman, hay que tener en cuenta, como señaló el Consejo Consultivo en sus dictámenes 413/13, de 25 de septiembre y 391/11, de 13 de julio que se trata de daños personalísimos y, como tales no transmisibles a los herederos. Así, el dictamen 391/11 de 13 de julio señalaba, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2004 (Recurso 7.002/2000):*

*“No se solicita por quienes ejercen esta acción que se repare el perjuicio que derivó para ellos del fallecimiento del ser querido sino que lo que se pretende que se repare es el pretium doloris que aquél experimentó durante el tiempo que transcurrió entre que se le diagnosticó la enfermedad y su muerte.*

*No es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica, y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad que le fue transmitida”.*

Como señaló el Dictamen 159/13, de 24 de abril del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con esta doctrina este órgano consultivo no considera que la legitimación activa se extienda a daños personalísimos como los dolores y molestias que pudo padecer el enfermo.

En el mismo sentido podemos citar la Sentencia nº 77/2013, de 24 de enero de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Décima, recurso nº 458/2010) en la que se indica:

*«De otra parte, y dado que los demandantes reclaman ser indemnizados no sólo por el daño moral que les ha causado el fallecimiento de [...] sino también, y en su condición de herederos, por los daños y perjuicios materiales y morales que éste padeció en vida, conviene dejar sentado que, en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el paciente fallecido no es transmisible “mortis causa”, de manera que el derecho de los herederos no surge “iure hereditatis”, sino que es un derecho originario y propio de los familiares, bien por razón de los lazos afectivos que mantenían con el paciente, bien en cuanto dependían económicamente de él, o por ambas causas».*

El derecho a obtener una indemnización por las lesiones padecidas por una persona es un derecho personalísimo y, si no ha sido ejercitado en vida, se extingue con su muerte.

Por todo lo expuesto, como ya señalara el Consejo Consultivo en su Dictamen 87/14, de 26 de febrero, y esta Comisión Jurídica Asesora en el Dictamen 285/16 únicamente cabe atribuir a los reclamantes legitimación activa por el daño moral ocasionado por la muerte de su esposa y madre, respectivamente.

Se cumple, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en un centro sanitario público de su red asistencial.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, fallecida la paciente el día 12 de octubre de 2014, “*dies a quo del plazo para reclamar*”, la solicitud de responsabilidad patrimonial presentada el día 15 de julio de 2015 está formulada en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 10 RPRP, esto es, al Servicio de Gastroenterología y Hepatología del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes se ha dado audiencia a los reclamantes, que no han efectuado alegaciones.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, 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 adelante, LRJSP) en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículo 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25

de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJPAC:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

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 cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las 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”.*

**CUARTA.-** 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 sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) 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”.*

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

**QUINTA.-** Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado el fallecimiento de una persona, que provoca un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 -recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999).

Probada la realidad del daño, resulta necesario examinar si existe relación de causalidad entre éste y la asistencia sanitaria prestada por el Hospital Universitario Puerta de Hierro.

Hay que recordar que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que

hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 – recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000- entre otras), si bien la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el interesado (así las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre - recurso 3071/03- y 2 de noviembre de 2007 -recurso 9309/03- y 7 de julio de 2008 -recurso 3800/04-).

Los reclamantes consideran que la atención sanitaria dispensada a la paciente fue deficiente al existir un retraso en el diagnóstico desde el 8 de abril de 2011 en que comenzó con la sintomatología sin que se le realizaran las pruebas oportunas. Estas alegaciones, sin embargo, no solo carecen de cualquier sustento probatorio sino que resultan contradichas por la historia clínica y los informes aportados, que no muestran ningún dato del que se pudiera extraer una actuación negligente en la asistencia sanitaria, especialmente a la vista del informe de la Inspección Sanitaria que, detallada y razonadamente, señala la dificultad del diagnóstico del cáncer de páncreas.

En este sentido, resulta acreditado que la paciente consultó por primera vez en consultas externas de Digestivo del Hospital Puerta de Hierro el 21 de marzo de 2011 *“para evaluar la posibilidad de recibir nuevo tratamiento”* de su hepatitis C, sin que refiera ninguna otra sintomatología que hiciera sospechar la existencia de un cáncer de páncreas y, por ende, hiciera necesaria la realización de más pruebas que las solicitadas.

El día 19 de junio de 2013 fue atendida a solicitud de su marido y de manera imprevista pues así consta en la historia clínica: *“la veo de forma imprevista porque veo en la consulta general a su marido”*. La

paciente pidió si se le podía realizar alguna técnica de cribado de cáncer de colon (CCR) sin antecedentes familiares, sin que refiriera ninguna sintomatología específica. Se le solicitó analítica, ecografía, fibroscan y análisis de sangre oculta en heces. La analítica se solicitó ese mismo día 19 de junio de 2013, sin que conste si se realizó en esa fecha o posteriormente, pues sus resultados se anotaron en la historia clínica el día 7 de abril de 2014. Según el informe del Servicio de Gastroenterología y Hepatología del Hospital Puerta de Hierro, *“la paciente voluntariamente se cita la analítica y la ecografía con fibroscan el día 4 de abril de 2014 (casi meses después)”* y *“no se citó nunca la sangre oculta en heces”*.

No puede considerarse que hubiera *mala praxis* en la asistencia prestada ese día, 7 de abril de 2014, pues tanto el informe del Servicio de Gastroenterología y Hepatología del Hospital Puerta de Hierro como el informe de la Inspección Sanitaria coinciden en afirmar que no existía alteración de las transaminasas ni otra sintomatología que pudiera hacer sospechar la existencia de un cáncer de páncreas. En concreto, el médico inspector pone de manifiesto que la analítica era rigurosamente normal así como los resultados de la ecografía y fibroscan.

En relación con las imágenes del páncreas, el informe del médico inspector declara que en las pruebas realizadas en abril de 2011 y abril de 2014 se consigna "páncreas normal", añadiéndose en la prueba realizada en 2014 *“adenopatías peripancreáticas, la de mayor tamaño mide 13mm”* y completa la información al decir que *«la adenopatía se encuentra en la cabeza pancreática, no tiene aspecto tumoral y sí inflamatorio (consulta a Unidad de Endoscopia), su tamaño no es significativo de afectación tumoral, y las adenopatías son un hallazgo esperable en infección hepática crónica por VHC. La interpretación es en este contexto y ya se ha visto que la observación es "páncreas normal"»*.

Debe tenerse en cuenta que la asistencia médica ha de atender las circunstancias de la asistencia y a los síntomas del enfermo, mediante un juicio ex ante y no ex post. Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia 116/2013, de 6 de febrero (recurso nº 846/2010):

*«... 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. Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto, el tratamiento que se sigue, en un juicio “ex post”, no es indiciario de una mala praxis médica, pues solo en un juicio “ex post” es cuando podríamos afirmar que habría que haber intervenido antes».*

En el mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente esta Comisión Jurídica Asesora ya que la medicina supone únicamente una obligación de medios, los cuales fueron adecuadamente prestados y que no resulta procedente juzgar la corrección de una actuación médica partiendo de la evolución posterior del paciente, en una llamada “prohibición de regreso” a la que aluden los dictámenes 445/16, de 6 de octubre; 459/16, de 13 de octubre, y 471/16, de 20 de octubre, entre otros, así como la jurisprudencia, en este sentido la sentencia de 3 de abril de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 49/2011).

El informe de la Inspección considera correcta la asistencia sanitaria prestada a la paciente y destaca la dificultad del diagnóstico del cáncer de páncreas. En este sentido, según el informe de la Inspección el cáncer de páncreas es una de las neoplasias más agresivas debido a su pronta difusión, la falta de síntomas específicos tempranos y su diagnóstico tardío. Más del 90 % de ellos son

adenocarcinoma ductal infiltrante, de muy mal pronóstico por su propia naturaleza. En concreto, en el padecido por la paciente, localizado en la cola del páncreas no suele aparecer ictericia y hace más difícil sospechar su presencia, por lo que además de debutar con un crecimiento tumoral agresivo, la localización de la neoplasia en la paciente no ayudó a su sospecha temprana.

A esta conclusión debemos atenernos 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 4 de febrero de 2016 (recurso 459/2013):

*“...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, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado *mala praxis* en la asistencia sanitaria prestada al 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 18 de mayo de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 201/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid