

Dictamen nº: **255/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **22.06.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 22 de junio 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 Doña en relación con el fallecimiento de Don por retraso en el diagnóstico del cáncer de próstata en el Hospital Universitario de Fuenlabrada (en adelante, HUF).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de marzo de 2015 se presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial en el Servicio Madrileño de Salud en la que la interesada -hija del paciente fallecido- solicitaba una indemnización -que no cuantificaba- por la defectuosa asistencia sanitaria que dispensaron al paciente en el HUF.

La reclamación denunciaba un retraso severo en el diagnóstico del cáncer de próstata por falta de pruebas diagnósticas ya que desde enero de 2012 el paciente había estado acudiendo a Urgencias del HUF sin que en ningún momento se le hiciera una analítica para comprobar el antígeno prostático específico (en adelante, PSA) y no fue hasta que su

médico de cabecera solicitó una biopsia que se realizó en agosto cuando se evidenció el cáncer de próstata para el que, sin realizar ninguna otra prueba, propusieron su resección. Posteriormente, a instancias de la reclamante, le practicaron un TAC que mostró la diseminación de la enfermedad y para lo que el único tratamiento posible era paliativo. En otro hospital le sometieron a una gammagrafía ósea que reveló metástasis óseas. Denuncia que desde noviembre de 2013 hasta el día de su muerte –el 28 de marzo de 2014- su padre sufrió día a día sin que se les ayudara psicológicamente aunque en el mismo hospital estaba la Asociación contra el Cáncer.

Acompañaba con la reclamación diversa documentación médica relativa a la asistencia sanitaria recibida y copia de la segunda página del libro de familia para acreditar el parentesco de la reclamante con el paciente.

No cuantificaba la indemnización que solicitaba.

Requerida por el SERMAS, aportó copia completa del libro de familia y anunció que estaba gestionando un informe pericial para la valoración del daño.

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

En marzo de 2012, el paciente, con 61 años, acudió al Servicio de Urgencias del HUF para consultar por dolor anal de 24 horas de evolución que, tras el tacto rectal que mostró una próstata no dolorosa aumentada de tamaño, se diagnosticó como proctalgia y se indicó tratamiento analgésico y control por el Médico de Atención Primaria (en adelante, MAP).

En abril su 2012 su MAP, siguiendo el protocolo, pautó tratamiento específico al presentar síntomas prostáticos moderados según la escala internacional de aplicación.

El 2 de mayo volvió nuevamente a Urgencias del HUF por dolor anal. El tacto rectal no apreció hemorroides, fisura o absceso en la zona por lo que se decidió ampliar el estudio en consultas de Cirugía General y Digestiva. Se diagnosticó nuevamente proctalgia y se pautó tratamiento analgésico.

El 17 de mayo el Servicio de Cirugía General y Digestiva diagnosticó una fisura anal en rafe anterior, de aspecto crónico, por lo que se le citó para seguimiento a una consulta colorrectal. En la exploración se reseñó además que la próstata aparecía aumentada de tamaño y se anotó que el paciente ya tenía cita con el Servicio de Urología.

El 4 de junio, en Urología, consultó por dolor perineal y un episodio de hemospermia. No presentaba síntomas irritativos, miccionales o hematuria pero la analítica constató la elevación del PSA. Se mantuvo la pauta antibiótica prescrita por su MAP ante el diagnóstico de prostatitis y se indicó una biopsia de próstata porque se palpaba un nódulo sospechoso de malignidad en el tacto rectal. También se solicitó una ecografía trans-rectal previa a la biopsia.

A primeros de agosto volvió a Urgencias nuevamente por dolor anal para el que se instauró tratamiento analgésico. Consultado el resultado de Anatomía Patológica de la biopsia realizada el 27 de julio y dado que había evidenciado la existencia de tres cilindros de próstata con carcinoma acinar, grado 6 (3+3) de Gleason, distribuido en 2 focos con afectación de 2 cilindros, con una extensión conjunta de 8,7 mm (33,5%), se consultó con Urología que señaló que lo remitiesen a la cita que tenía prevista el paciente para finales de agosto.

En la reunión de Comité de Tumores del 7 de agosto se estudió el caso clínico y se decidió ofrecer plan curativo.

En la consulta de Urología del 28 de agosto se anotaron los antecedentes de cáncer de próstata del padre y del abuelo del paciente y se le expuso que la biopsia había objetivado la existencia de un tumor maligno, adenocarcinoma de próstata de riesgo bajo-intermedio (T2a-bNxMx, Gleason 3+3) y se le explicaron las alternativas de tratamiento con intención curativa -prostatectomía radical y radioterapia-. El paciente decidió operarse. Al día siguiente la hija del paciente acudió preocupada por los intensos dolores que presentaba su padre por lo que se solicitó un TAC para completar la información obtenida con la biopsia, y evaluar el control local de la enfermedad ante el agravamiento de los síntomas perineales.

Los resultados del TAC abdomino-pélvico demostraron la extensión del tumor fuera de la próstata (T4N1M1a) por lo que el Comité de Tumores Urológicos decidió cambiar el abordaje terapéutico y facilitar hormonoterapia al paciente, ampliando el estudio de extensión del tumor con una gammagrafía que mostró una lesión en el lado derecho del pubis, probablemente secundaria al tumor. La PSA del 8 de octubre fue de 2,37 ng/ml, por lo que se siguió con tratamiento hormonal y se citó para control en tres meses.

A finales de enero de 2013 la analítica de control fue PSA 0,51 ng/ml. Estaba asintomático y se citó nuevamente en 6 meses, con ecografía renal y se siguió con tratamiento hormonal/bloqueo simple.

En julio seguía asintomático, con excelente estado general. La ecografía no mostró hallazgos de interés. Dado que el PSA dio algo elevado (1,35 ng/ml) se indicó control en tres meses.

En octubre el PSA presentó otra elevación (2,06 ng/ml) por lo que se amplió el tratamiento semestral con antiandrógenos-bicalutamida 50 mg y control en tres meses.

El 7 de noviembre no acudió a consultas de Urología al estar ingresado desde finales de octubre por parotiditis (enfermedad infecciosa causada por un virus, que normalmente cursa con una inflamación dolorosa de las glándulas salivales).

En una visita no programada, el 12 noviembre, refirió dolor en el brazo izquierdo que requirió analgesia con mórficos. Se aclararon a su hija los términos de la enfermedad, con metástasis (diseminación del tumor) óseas y uropatía obstructiva, así como su pronóstico y los tratamientos necesarios para lo que se actualizarían los estudios de imagen y bioquímicos.

El Eco-Doppler descartó la sospecha de trombosis venosa profunda en la pierna derecha de causa tumoral y se inició un tratamiento antiandrogénico a dosis altas. Se solicitó una nueva gammagrafía, determinación de PSA y TAC abdominal.

El 26 noviembre acudió a Urgencias por sangrado al orinar por lo que fue ingresado y mantenido un día en observación por Urología con sondajes, lavados y analítica.

El 9 de diciembre el PSA había aumentado (3,24 ng/ml) y la gammagrafía confirmó la metástasis sobre el húmero/hueso del brazo y se instauró tratamiento analgésico/morfina que tuvo que ser ajustado.

El 16 de diciembre el Servicio de Radioterapia fue consultado para determinar un tratamiento paliativo sobre la escápula izquierda. Al paciente se le explicó el tratamiento y los posibles efectos secundarios y firmó el documento de consentimiento informado. El 23 de diciembre

terminaron las cinco sesiones de radioterapia sobre el brazo izquierdo. Al comentar dolor en la pierna derecha, secundario a la metástasis ósea, se citó para el 13 de enero de 2014 para valorar tratamiento de Radioterapia también a ese nivel.

El 29 de diciembre de 2013 volvió a Urgencias por un nuevo episodio de hematuria/sangrado urinario. Tras comprobar que no estaba alterada la función renal, se dieron pautas a seguir y se recomendó seguimiento por Oncología y su MAP.

En enero de 2014 se instauró tratamiento paliativo sobre la cadera derecha (5 sesiones de radioterapia). El TAC que se realizó mostró la progresión locorregional (óseo y hepático) del carcinoma.

En la consultas de Urología de 20 de enero se objetivó el empeoramiento anímico y clínico del paciente, que precisó aumentar la dosis de morfínicos. Un TAC posterior mostró una gran diseminación del tumor y aunque había mejorado el dolor óseo sobre la cadera derecha y el hombro izquierdo después de las sesiones de radioterapia, su estado general estaba muy deteriorado y con datos analíticos de insuficiencia renal.

A principios de febrero 2014 tuvo un fracaso renal secundario a la obstrucción provocada por el tumor y se explicaron al paciente y a su familia las opciones terapéuticas (actitud conservadora en paciente terminal o nefrostomía percutánea izquierda con los riesgos de hemorragia por la hepatopatía previa del paciente y sin clara mejoría posterior en su calidad de vida). El paciente eligió esta segunda opción y firmó el documento de consentimiento informado.

El 4 de febrero se practicó la nefrostomía sin incidencias, salvo una trombosis venosa profunda que fue tratada con anticoagulante.

En marzo una nueva analítica evidenció unas cifras de PSA elevadas (3,85 ng/ml) y el 20 de marzo fue ingresado por rectorragia y plaquetopenia previa en paciente anticoagulado por episodio de trombosis. Se colocó un filtro de cava infrarrenal y se practicó una endoscopia exploratoria tras la firma del consentimiento informado.

El 28 de marzo el paciente falleció en su domicilio tras haber sido dado de alta con indicación de cuidados paliativos.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en 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).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se incorporaron al expediente la historia clínica y el informe del Servicio de Urología del HUF de 23 de mayo de 2015, que manifestó que todas las decisiones diagnóstico-terapéuticas se ajustaron a los protocolos de la Asociación Europea de Urología y fueron corroboradas por el Comité de Tumores Urológicos del HUF, y que el paciente fue sometido a todas las medidas diagnósticas y terapéuticas que precisó.

Por su parte, la Inspección Sanitaria en su informe (folios nº 215 a 226) describió el proceso asistencial del paciente y concluyó que la asistencia prestada al paciente se ajustó a la *lex artis*, siguiendo los protocolos de actuación validados en el momento en que se produjeron los hechos.

La reclamante presentó un informe pericial.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se evacuó el oportuno trámite de audiencia en el que la reclamante no presentó alegaciones.

El 30 de marzo de 2017 la secretaria general del SERMAS por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución que desestimó la reclamación formulada por no existir el retraso diagnóstico objeto de reproche al ser adecuada la actuación clínica a la *lex artis* y no existir el requisito de antijuridicidad del daño.

CUARTO.- El 21 de abril de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid un escrito del viceconsejero de Sanidad por el que, por delegación del consejero de Sanidad, se formuló preceptiva consulta.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo estaba acompañado de documentación -en soporte CD-, adecuadamente numerada y foliada, pero se observó que faltaba parte del informe pericial aportado al procedimiento por la reclamante (solo constaba el folio 3 de los que cinco de que constaba) por lo que el 19 de mayo de 2017, con suspensión del plazo para emitir el dictamen, se requirió su remisión completa. Se contestó, mediante escrito con entrada en la Comisión el 16 de junio, que habían aportado todo lo que figuraba en el expediente sin que constase la aportación de más documentación por la reclamante.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. M^a Dolores Sánchez Delgado que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 22 de junio de 2017.

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 se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del 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 remitida al SERMAS el 25 de marzo 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 en el RPRP.

La reclamante está legitimada activamente al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC al sufrir el daño moral causado por el fallecimiento de su familiar, *“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-) y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 -recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 –recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995 -recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica. Además, se ha acreditado en el expediente la relación de parentesco que ligaba a la reclamante con el fallecido mediante la aportación del libro de familia.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico del HUF, en virtud del concierto suscrito entre el citado centro hospitalario y la Comunidad de Madrid. En este punto cabe indicar que es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (valgan por todos los dictámenes 211/12, de 11 de abril y el más reciente 13/15, de 21 de enero) y ha sido reiterado por esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 112/16, de 19 de mayo y el 193/17, de 18 de mayo) asumiendo la reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las Sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004, Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 8ª) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª).

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de

la LRJ-PAC). En el presente caso, la reclamación se presentó el día 25 de marzo de 2015. Dado que se está reclamando por la asistencia sanitaria prestada al paciente y que concluyó con su fallecimiento el 28 de marzo de 2014, debe considerarse que la acción de responsabilidad se ha ejercitado en el plazo legalmente establecido.

En cuanto al procedimiento, de acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se han recabado informe del servicio médico implicado. Y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a la reclamante, de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC, que no formuló alegaciones.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, tal y como establece el artículo 12.1 en relación con el artículo 13.2 del RPRP, propuesta remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

No obstante, resulta del expediente que la reclamante presentó un informe pericial que había anunciado tras su reclamación. Este informe aparece incompleto y al ser requerido el SERMAS para que se completase se limitó a contestar que era todo lo que aparecía en el expediente y que no aparecía más documentación aportada por la reclamante sin realizar gestión alguna, al parecer –al menos no hay constancia escrito de ello-, para completarlo.

Ignoramos si el informe pericial se presentó completo y se extravió o si se presentó incompleto pero, una vez requerido por esta Comisión, el SERMAS debió completarlo, requiriendo a su vez a la reclamante para ello. Al no haber actuado así se ha privado a la reclamante de la prueba

de los hechos por los que reclama cuya carga le incumbe. En la propuesta de resolución ni siquiera se menciona el informe pericial aportado. Sobre este punto es preciso recordar que conforme el apartado tercero del artículo 80 de la LRJ-PAC, *“el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”*, norma que se incorpora, asimismo, en el artículo 9 del RPRP. En el caso que nos ocupa, como decimos, consta el informe pericial incompleto y el instructor no se ha pronunciado motivadamente para denegarlo, admitirlo y valorarlo, contraviniendo lo previsto en el reproducido artículo 80.3 de la LRJ-PAC. En este punto conviene recordar la necesidad de cumplir los trámites procedimentales y la improcedencia de omitir un pronunciamiento sobre la prueba propuesta.

Además, uno de los reproches de la reclamante se dirige al Servicio de Urgencias del HUF porque, pese a haber acudido en repetidas ocasiones, no se solicitó una analítica para determinar el PSA, por lo que sería necesario, de conformidad con el artículo 10 del RPRP, que se solicitara informe a dicho Servicio en relación a la asistencia sanitaria prestada al paciente.

Por ello, es precisa la retroacción del expediente para que, por un lado, se pueda instar a la reclamante para que aporte el informe pericial completo a fin de que pueda ser evaluado y, por otro, se requiera informe sobre los hechos al Servicio de Urgencias del HUF. De esos informes habrá de darse traslado a la Inspección Sanitaria para que se pronuncie y conferirse trámite de audiencia a la interesada, antes de dictarse nueva propuesta de resolución.

Por todo lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el procedimiento para solicitar a la interesada que aporte el informe pericial completo y para que el Servicio de Urgencias del HUF informe sobre los hechos, con traslado a la Inspección Sanitaria para que se pronuncie al respecto y a la interesada para que pueda alegar lo que a su derecho convenga, antes de dictarse nueva propuesta de resolución.

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 junio de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 255/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid