

Dictamen nº: **277/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **06.07.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 6 de julio 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 y Doña en relación con el fallecimiento de su madre, Doña por el error de diagnóstico y deficiente seguimiento del infarto agudo de miocardio que le ocasionó la muerte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de marzo de 2016 se presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial en el Servicio Madrileño de Salud, en la que las interesadas -hijas de la paciente fallecida-, asistidas por un letrado, solicitaban una indemnización por la defectuosa asistencia sanitaria que dispensaron a su madre.

La reclamación relataba que la paciente, de 76 años, y con antecedentes de hipertensión arterial, diabetes, obesidad, hipotiroidismo, insuficiencia respiratoria severa, hipertensión pulmonar severa y fibrilación auricular, consultó con su médico de Atención Primaria el 17 de febrero de 2015 por un dolor torácico que fue tratado

con analgésicos, antiinflamatorios y calor local tras diagnosticarle una contractura sin otra prueba que la exploración física y una analítica a la que no se dio prioridad y cuyas muestras se tomaron el 24 de febrero. Quince días después volvió a consultar por el dolor torácico que no cedía con los analgésicos y que había producido un deterioro físico importante por lo que su médico solicitó valoración. Al día siguiente fue atendida en su domicilio por una crisis hipertensiva (TA 215/110), taquicardia y taquipnea por lo que fue trasladada al hospital. Tras realizar un electrocardiograma, una analítica con marcadores cardíacos, una radiografía de tórax y un ecocardiograma, le diagnosticaron un infarto agudo de miocardio en evolución del que no se recuperó y falleció el 5 de marzo de 2015.

Los reproches que se imputan a la asistencia sanitaria que recibió la paciente se concretan en los siguientes motivos:

- Infravaloración de la sintomatología y de los factores de riesgo de la paciente, con incumplimiento del protocolo al no realizar pruebas diagnósticas diferenciales que estaban indicadas: electrocardiograma, analítica con marcadores cardíacos, radiografía de tórax o un ecocardiograma.

- Error de diagnóstico, ya que se confundió un infarto agudo de miocardio con una contractura.

- Retraso vital en diagnosticar el infarto de miocardio.

- Prescripción de un medicamento (Acoxxel) que estaba contraindicado para la paciente, dadas sus patologías puesto que según la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios dicho fármaco estaba contraindicado en pacientes con tensión arterial alta, problemas cardíacos (incluyendo insuficiencia cardíaca, angina de pecho (dolor torácico) y en aquellos pacientes que hubieran sufrido un infarto de miocardio. Y añade que el prospecto advertía a pacientes con

diabetes de la posibilidad de aumentar su riesgo de sufrir una enfermedad cardíaca. Además, los mayores de 65 años, los pacientes anticoagulados y con tratamiento para la hipertensión tenían un riesgo añadido.

- Falta de información en cuanto a las contraindicaciones y riesgos de dicho medicamento.

Solicitaban una indemnización de 88.544,74 € calculada aplicando el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, actualizado mediante Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, con el siguiente desglose: 36.907,12 € para cada hija mayor de 25 años con un 10% de factor de corrección; 9.369,35 € más para una de las hijas por el trastorno depresivo reactivo que le causó el fallecimiento de su madre, a la que cuidaba en exclusiva, con un 10% de factor de corrección; y 5.361,15 € por gastos del sepelio.

Acompañaban el libro de familia, la sentencia de divorcio de la paciente para acreditar la pensión compensatoria que le abonaba mensualmente su ex marido a efectos de documentar el perjuicio patrimonial ocasionado a las reclamantes; un certificado del Registro civil para probar el cambio de nombre de una de las reclamantes; el certificado de defunción; diversa documentación médica; la prescripción del fármaco que consideraban contraindicado y su prospecto; un documento bancario en donde consta la pensión compensatoria de 701,75 € que le abonaba mensualmente el ex marido; las declaraciones de la renta de la fallecida de los años 2013 y 2014; un informe psicológico de una de las hijas y una factura con los gastos del sepelio.

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

La paciente, de 76 años, tuvo un episodio documentado de fibrilación auricular en abril de 2013 en el Hospital Universitario de La Paz donde fue trasladada por el SUMMA. Se diagnosticó fibrilación auricular persistente, episodio de bradicardia extrema en relación a fármacos bradicardizantes -resuelta con la supresión de los mismos-, bloqueo trifascicular, síndrome de hipoventilación pulmonar con hipertensión pulmonar secundaria y *cor pulmonale*, insuficiencia renal crónica reagudizada, con mejoría al alta, intertrigo candidiásico y probable infección del tracto urinario.

Habitualmente era atendida por su médico de Atención Primaria y estaba controlada por enfermería del Centro de Salud de Bustarviejo. Padecía múltiples patologías: hipertensión arterial, diabetes mellitus, trastorno ventilatorio restrictivo, *cor pulmonale* e hipertensión pulmonar severa con oxigenoterapia 24 h/3 litros, obesidad, insuficiencia renal crónica, artritis reumatoide, hipotiroidismo con tratamiento sustitutivo, artropatía psoriásica, adenocarcinoma de endometrio tratado con radioterapia, descartándose cirugía por su alto riesgo quirúrgico, nódulo tiroideo y fisura anal.

En enero y febrero de 2015 la paciente estuvo siendo tratada de un herpes zoster intercostal y controlada por enfermería.

El 17 de febrero de 2015 su médico de Atención Primaria acudió al domicilio avisada por la familia de la paciente al presentar dolor en el costado derecho, intermitente, de una semana de evolución, sin relación con ningún desencadenante. No tenía fiebre, náuseas ni vómitos. En la exploración física presentó auscultación cardíaca anormal y auscultación pulmonar normal, con dolor a la palpación en la musculatura paravertebral dorsal y en el trapecio derecho. Se solicitó analítica de sangre y se prescribió un comprimido de Acoxel 120 cada 24 horas durante 7 días y valoración posterior.

El 24 de febrero la enfermera acudió al domicilio para la extracción de sangre.

El 27 de febrero se avisó a la familia para que acudieran a recoger unas gasas que se habían pedido porque las que se suministraban normalmente le daban alergia. Los familiares comunicaron que la paciente continuaba con dolor en la espalda, que los analgésicos no eran efectivos y no sabían qué hacer. La enfermera recomendó tomar los analgésicos según tratamiento, ingesta de líquidos y hacer dieta.

El 2 de marzo se controló el Sintrom que tomaba y el día 3 los familiares acudieron a consulta donde se hizo un informe en el que constaba que la paciente presentaba una patología aguda de mal control. *“Se la deriva además en el día de hoy a urgencias para estudio h”* (hospitalario). Y se adjuntaba un informe de salud en el que se recogía el resumen de las patologías que presentaba y en el que constaba: *“paciente valorada desde hace unas semanas por dolor torácico derecho con Exploración física Normal, salvo contractura importante que no cede con analgesia habitual y le está produciendo cuadro de deterioro físico importante con síndrome constitucional. Solicito valoración”*.

No consta en el expediente que acudiera a un hospital del Servicio Público de Salud.

Con la reclamación se aportó un informe manuscrito de una asistencia médica de Sanitas en el domicilio de la paciente el 4 de marzo a las 9:30 horas. Como motivo de la consulta se anotó: *“dificultad para la marcha, manos, cefalea”*. En la exploración se halló hipertensión (215/110), un nivel de saturación de oxígeno de 92%, pulso con 142 latidos por minuto y el índice glucémico en ayunas en 177.

En el certificado médico de defunción que se acompañó con la reclamación se indicaba que la causa inmediata del fallecimiento – producido el 5 de marzo a las 19 horas en un hospital privado- fue una insuficiencia cardiaca y la causa inicial o fundamental fue un infarto de miocardio de 7 días de evolución.

En relación con la depresión reactiva de la hija de la paciente consta un informe de 28 de marzo de 2016 de la doctora que la atendió el 5 de febrero de 2016, a la que refirió que estaba muy deprimida por la muerte de su madre, se le recetó tratamiento y se la derivó a Salud Mental. No volvió a consulta ni retiró de la farmacia su medicación antidepressiva aunque sí el resto de su medicación, como se comprobó por las dispensaciones de fármacos en receta electrónica.

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 los informes de la atención que le fue prestada a la paciente.

Entre los informes aportados consta el informe de 8 de abril de 2016 de la doctora que atendía a la paciente desde 2004 a solicitud de la propia paciente. Enumeraba la pluripatología que presentaba y la falta de adherencia al plan de cuidados recomendado, del que hacía caso omiso. Señalaba que en 2013 tuvo un ingreso hospitalario en un hospital público por una fibrilación auricular en el que se hizo un estudio cardiológico completo que no mostró cardiopatía orgánica ni isquémica de base. Ponía de manifiesto, sin embargo, que acudía a la medicina privada para el control de su patología, de la que no tenía

informes, y que acudía al centro de salud para que se hiciesen las recetas que le prescribían los médicos privados.

Respecto a la consulta del día 17 de febrero señalaba que realizó una exploración física completa que incluyó presión arterial, frecuencia cardíaca y respiratoria, pulsioximetría y auscultación cardiopulmonar y que encontró a la paciente hemodinámicamente estable. Presentaba dolor a la palpación en la parrilla costal derecha –todavía tenía lesiones pigmentadas del herpes pasado-, así como contractura en la musculatura paravertebral dorsal derecha y en el trapecio derecho. En ningún momento refirió dolor torácico opresivo irradiado ni presentaba cortejo vegetativo asociado. Recetó un medicamento -solo durante una semana (hasta el 24 de febrero)- que no estaba contraindicado en pacientes diabéticos ni hipertensos, sino que en ese tipo de pacientes había que manejarlo con cuidado y se podía suministrar a pacientes anticoagulados sin problemas. Añadía que siempre se le aconsejaba que *“si empeoraba y no estábamos en horario de consulta la trasladaran para realizar otro tipo de pruebas a nivel hospitalario; algo que no era del agrado de la paciente pues no quería ir al Hospital (y si ha ido ha sido a los hospitales privados)”*.

Y resaltaba el hecho de que pese a recomendar control tras el tratamiento prescrito, no se consultase sino hasta 15 días después por falta de control del dolor, y que tras el informe de 3 de marzo en el que se recomendaba acudir a Urgencias para realizar pruebas que no se podían hacer en Atención Primaria, no acudiesen y dejaran transcurrir 24 horas antes de requerir atención en el domicilio a su sociedad médica y su posterior traslado a un hospital privado.

Por su parte, la Inspección Sanitaria en su informe de 9 de agosto de 2016 describió el proceso asistencial de la paciente, apuntó algunas consideraciones médicas y concluyó que *“vistos los signos y síntomas de la paciente, la actuación de la médica de atención primaria fue correcta*

desde el 17 de febrero al 3 de marzo” (...) “Lo que sucedió después del día 3 de marzo de 2015 y no seguir el criterio facultativo de acudir a urgencias hospitalarias y quedarse la paciente en casa, es una decisión que este Médico Inspector no debe entrar porque rompe con esta decisión el nexo causal”.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se evacuó el oportuno trámite de audiencia a las reclamantes, que no presentaron alegaciones.

El 26 de mayo 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 entender que la asistencia prestada a la paciente fue adecuada y correcta y que no existió error alguno en el diagnóstico, adecuándose la atención a los signos y síntomas que en cada momento se fueron poniendo de manifiesto en la paciente.

CUARTO.- El 2 de junio de 2016 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.

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 6 de julio 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 15.000 €, 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).

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 2 de marzo de 2016, 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.

Las reclamantes están legitimadas activamente al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC al sufrir el daño moral causado por el fallecimiento de su madre, *“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 las reclamantes con la fallecida mediante la aportación del libro de familia.

Ahora bien, uno de los reproches que se formula en la reclamación se refiere a la falta de información en relación con las contraindicaciones y riesgos del medicamento que se prescribió a la paciente el 17 de febrero, que se alega que no estaba indicado para la paciente dadas sus patologías. Sobre esta última cuestión –si estaba indicado el medicamento- volveremos más adelante. Ahora, sin embargo, baste decir que las interesadas carecen de legitimación activa para reclamar por la falta de información que invocan y que bastaba con la información facilitada en el prospecto sin que pese sobre el médico prescriptor la obligación de facilitar una exhaustiva información sobre los medicamentos que prescribe cuando en el prospecto de los mismos ya hay cumplida información al respecto.

Esta Comisión ya ha indicado, entre otros, en los Dictámenes 46/16, de 28 de abril, y 166/16, de 9 de junio, que, en definitiva, el perjuicio derivado de una posible irregularidad en este ámbito constituye un daño moral que, como tal, tiene carácter personalísimo y, por tanto, intransmisible a los herederos.

Así se deduce del artículo 5.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, a cuyo dictado el titular del derecho a la información es el propio paciente. Este mismo carácter de daño moral predicable del perjuicio

derivado de la privación de la posibilidad de decidir de forma voluntaria y consciente su sometimiento a una actuación médica ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así, en la STC 37/2011, de 28 de marzo, señala que en los referidos casos se inflige “... *un daño moral que nace per se por el mero hecho de obviar al paciente una información que le es debida, incluso si se prueba que la intervención fue correcta y necesaria para mejorar la salud del enfermo*”.

No obstante, cabe señalar que ya el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus Dictámenes 499/10 y 92/11 tras señalar que *«para la declaración de la responsabilidad administrativa patrimonial ha de aplicarse un criterio general seguro y no lo sería el de la conjetura “ex post facto”, porque, autorizada legalmente, como hemos dicho, la explicación verbal de los riesgos de un medicamento, podrían proliferar reclamaciones sin real fundamento al no existir constancia de dicha explicación aunque ésta se hubiese producido*», sigue manifestando lo siguiente:

“El deber de información que grava a los médicos no incluye, respecto de la prescripción o cambio de medicación, la expresa advertencia a cada paciente de los riesgos o posibles efectos adversos de los medicamentos prescritos cuando esos riesgos estén clasificados como raros, siendo relevante, a efectos de información, la que contenga el prospecto o folleto que acompañe al medicamento, conforme al criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 6 de julio de 2010”.

Más recientemente, la sentencia de 26 de julio de 2016 (núm. rec. 356/2013) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid señaló que *“en el ámbito de la información relativa a los posibles efectos adversos de un medicamento, nos parece oportuno y conveniente destacar que la única fuente de acceso a la misma no es la que facilita, verbalmente o por escrito, el facultativo o profesional actuante. Existe, de forma notoria, un*

instrumento a disposición del paciente que permite a éste conocer del modo más exhaustivo posible tales riesgos, como es el prospecto”.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende se atribuye a la asistencia prestada por personal médico de la red sanitaria madrileña.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el presente caso, la reclamación se presentó el día 2 de marzo de 2016. Dado que se está reclamando por la asistencia sanitaria prestada a la paciente el 17 de febrero de 2015 y que falleció el 5 de marzo de 2015, debe considerarse que la acción de responsabilidad se ha ejercitado en el plazo legalmente establecido.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se han recabado informes de los servicios médicos implicados. 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 las reclamantes, de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC, que no formularon 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.

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

ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

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

“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base

de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

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

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010) ha señalado que “(...) *no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.*

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que “(...) *la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la*

responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.

Ciertamente ya hemos adelantado la existencia del daño moral de las reclamantes por el solo hecho del fallecimiento de su madre, pero una de las reclamantes alega también como daño una depresión reactiva a tal fallecimiento y para probarla ha aportado un informe psicológico que califica la depresión que padece como moderada-grave. Para ello ha explorado a la reclamante en dos ocasiones y le ha aplicado un test –el inventario multifactorial de Minnesota- para determinar y clasificar su padecimiento.

Sin embargo, no consideramos que ese informe sea suficiente prueba del daño alegado, cuando no existe constancia ni la reclamante ha aportado ninguna otra prueba de que esté sometida a tratamiento por dicha patología, ni consta seguimiento médico por el mismo y cuando existe en el expediente un informe de 28 de marzo de 2016 de una médico del centro de salud de Bustarviejo en el que se menciona que la reclamante acudió una sola vez a consulta, que se la derivó a Salud Mental y se le prescribió un antidepresivo que, a diferencia del resto de medicación, no retiró de la farmacia.

QUINTA.- La existencia de un daño, sin embargo, no es suficiente para declarar la existencia de responsabilidad, por lo que ha de analizarse si concurren los demás requisitos necesarios para apreciarla.

Las reclamantes, además de la falta de información sobre los riesgos del medicamento que le fue recetado y respecto de lo que ya hemos señalado que no tienen legitimación para reclamar, reprochan a la Sanidad pública la infravaloración de la sintomatología y de los factores de riesgo de la paciente, con incumplimiento del protocolo al no realizar pruebas diagnósticas diferenciales que estaban indicadas; el

error de diagnóstico ya que se confundió un infarto agudo de miocardio con una contractura; el retraso vital en diagnosticar el infarto de miocardio y la prescripción de un medicamento (Acoxxel) que estaba contraindicado para la paciente dadas sus patologías.

Según la reclamación, una de las imputaciones del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, por lo que hay que determinar si la doctora implicada en la asistencia prestada actuó conforme a la *lex artis* y adoptó las medidas necesarias en atención a los síntomas que presentaba la paciente.

Para evaluar la corrección de una concreta práctica médica hay que estar a la situación y síntomas del momento en que se realiza esta. Ello se traduce en que se deben aplicar a los pacientes todos los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento. Esta obligación de medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta cada paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación 2228/2014) destaca: *“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”*.

Por otro lado, para determinar la supuesta infracción de la *lex artis* debemos partir de la regla general de que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha

pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Además hemos de tener presente, como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso 154/2013) que *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas 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”*.

En este caso no se han aportado al procedimiento ninguna prueba técnica que sirva para apoyar los reproches que se dirigen contra la Administración Sanitaria. Es más, es de destacar el escaso esfuerzo probatorio desplegado por las reclamantes. La paciente, según consta en el expediente y así lo alega la médico de Atención Primaria que la atendía, utilizaba la Sanidad pública para la Atención Primaria pero acudía a hospitales privados para recibir la asistencia especializada, que es donde se suelen realizar pruebas diagnósticas. Pues bien, no se ha aportado ninguna documentación relativa a la asistencia especializada relacionada con la atención recibida por la paciente por sus problemas cardiacos, ni siquiera en relación con los días 4 y 5 de marzo de 2015, de manera que las alegaciones sobre las pruebas diagnósticas que se realizaron esos días y que, según la reclamación debieron prescribirse antes por la médico que la atendió en su domicilio no dejan de ser meras manifestaciones sin respaldo. Lo único que se aportó en relación a la asistencia recibida esos dos días fue un informe médico manuscrito y en parte ilegible fechado el 4 de marzo en el que, en lo que se puede entender, no se menciona sintomatología cardiaca y solo hace referencia

a la hipertensión de la paciente y su frecuencia cardiaca. El otro documento aportado es el certificado médico de defunción en el que consta como causa inicial o fundamental un infarto de miocardio con 7 días de evolución, sin referencia a las pruebas y asistencia de las que la paciente fue objeto.

En este punto, frente a las alegaciones de las reclamantes, que no han aportado al procedimiento ningún criterio técnico ni informes de la asistencia prestada en la sanidad privada, tanto la historia clínica como los informes médicos que obran en el expediente, desvirtúan los reproches de las reclamantes y ponen de manifiesto que la asistencia que le fue dispensada a la paciente fue conforme a la *lex artis*.

El informe de la Inspección Sanitaria, a cuyas valoraciones debemos atenernos pues responden a criterios de objetividad, imparcialidad y rigor científicos como ha resaltado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en varias sentencias (por ejemplo, en la sentencia de 3 de marzo de 2017 (núm. rec. 538/2013), rebate cada una de las censuras de la reclamación.

Así, en cuanto a que se incumplió el protocolo de dolor torácico por no realizar analítica con marcadores cardíacos, ni radiografía de tórax o un ecocardiograma, el informe de la Inspección reseña que la médico que atendió a la paciente descartó la patología cardiovascular tras la exploración física, la estabilidad hemodinámica, el hecho de que la paciente respondiera ella misma directamente y las características del dolor que presentaba en la musculatura paravertebral dorsal derecha, no irradiado, por lo que considera que no fue una evaluación insuficiente y que, dados los síntomas y signos de la paciente, la actuación fue correcta.

El principio de corrección de la práctica médica a la *lex artis* no exige practicar al paciente todo tipo de pruebas, sino aquellas que

demande cada circunstancia y momento. En este punto procede tener presente que la asistencia médica ha de atender a 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 de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual:

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

Por otro lado, el inspector niega el error de diagnóstico dados los síntomas que presentaba y argumenta que si lo que padecía la paciente era un infarto agudo de miocardio silente como se dice en la reclamación, esos infartos, por definición, no presentan síntomas, y *“el médico funciona con los signos y síntomas y la evolución del paciente”*. Añade que, dada la fibrilación auricular que padecía la paciente, contaba con estudios mediante electrocardiogramas, que son las pruebas que detectan alteraciones en el segmento ST y ondas Q, sin que la paciente presentase dichas alteraciones.

Asimismo, hemos de recordar, como hemos señalado en numerosos dictámenes, que no es posible argumentar la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente.

En cuanto al tratamiento farmacológico prescrito, el informe de la médico que la atendió señaló que las patologías que presentaba la enferma no contraindicaban su prescripción y *“tan solo hay que*

manejarlo con cuidado". Y el médico inspector afirma que ninguna de las muchas patologías de la paciente contraindicaba la administración de este fármaco y que el medicamento era una opción terapéutica de la que podía disponer la médico que la atendió, y además no consta que durante los siete días que duró el tratamiento la paciente presentase ninguno de los efectos adversos descritos en el prospecto, ni los más raros ni los más frecuentes.

También descarta el retraso diagnóstico y la falta de seguimiento:

"La Historia clínica demuestra que hubo seguimiento de la paciente, con la presencia de la médica de familia (día 17 y llamada telefónica el 23 de febrero) y enfermería (día 24 para hacer analítica de sangre, telefónicamente el día 27 y el 2 de marzo control de Sintrom).

Ante la no buena evolución el día 3 de marzo la médica de familia recomienda acudir a urgencias de hospital para la realización de pruebas y realiza un informe clínico y un informe de salud".

Y concluye: *"Lo que sucedió después del día 3 de marzo de 2015 y no seguir el criterio facultativo de acudir a urgencias hospitalarias y quedarse la paciente en casa, es una decisión que este Médico Inspector no debe entrar porque rompe con esta decisión el nexo causal".*

A falta de otro juicio médico hemos de coincidir con esta conclusión, y, por tanto, hay que rechazar las críticas de las reclamantes y considerar acreditada y cumplida la obligación de medios de los servicios sanitarios y la asistencia sanitaria ajustada a la *lex artis*.

Por todo lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

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

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 6 de julio de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 277/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid