

Dictamen nº: **47/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **07.02.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 7 de febrero de 2019, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. y D., Dña. y D. sobre indemnización de los daños y perjuicios relacionados con el fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, D..... que achacan al retraso en el tratamiento de un cáncer de páncreas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30 de julio de 2015 se presentó en el registro del Servicio Madrileño de Salud, solicitud indemnizatoria firmada por los reclamantes y por un abogado del ICAM, en la que se remontaban al mes de febrero de 2014, en el que su esposo y padre empezó a ser tratado de unas molestias abdominales (reflujo, molestias esofágicas, anemia, etcétera) en el Hospital Fundación Jiménez Díaz (HFJD), que, con el paso del tiempo, fueron aumentando de modo progresivo. En concreto, los reclamantes daban cuenta de la realización de una endoscopia en mayo de 2014 con resultados normales y, ya en octubre de aquel mismo año, de un TAC abdominal revelador de una posible neoplasia de cabeza pancreática.

Los reclamantes lamentaban que, una vez realizado el TAC, no se les informara del diagnóstico y que se remitiera el asunto a la valoración del Comité de Tumores en vez de tomar una decisión inmediata sobre el tratamiento de la enfermedad. Cuando, en el mes de noviembre, se le hizo una resonancia nuclear magnética (RMN) con la finalidad de filiar la enfermedad, el tumor pancreático medía 14 mm y el paciente presentaba dos lesiones hepáticas. A ello se sumaba un empeoramiento de los síntomas iniciales, manifestado en dolor abdominal, epigastrio, pérdida de peso (4 kilos) y de apetito. Sin embargo, en la consulta de Digestivo de 24 de noviembre, en que debía hacerse la valoración de los resultados de la RMN y se solicitó una endoscopia con carácter preferente, el facultativo que asistió a su familiar *<<restó importancia a la lesión pancreática y al resultado del marcador tumoral elevado indicando que "sería un quiste de agua" y que "el marcador tumoral elevado no era indicativo de nada", obviando la información con la que contaba ya el comité de tumores>>*.

A continuación, la reclamación refleja la tórpida evolución del familiar de los reclamantes puesta de manifiesto, en la endoscopia realizada el 29 de diciembre (con evidente demora, según denuncian, a pesar de su carácter preferente) en que el tumor ya medía 23 mm, y en el ingreso en Urgencias del mismo HFJD el 7 de enero de 2015 por un empeoramiento de los síntomas, incluyendo una pérdida de peso que ya alcanzaba los 8 kilos desde noviembre en el cual y la comprobación a través de un TAC de tórax de que la lesión había crecido a los 27 mm, existiendo ya metástasis pulmonares.

Los reclamantes reprochaban a la Administración sanitaria el tiempo transcurrido desde el mes de octubre de 2014 en que se evidenció la existencia del tumor de páncreas y que se hubiera dejado que el cuadro continuara su evolución y la masa tumoral su crecimiento. Ponen de manifiesto que durante el ingreso hospitalario del paciente en el mes de enero de 2015, la situación clínica no

permitía prácticamente ni la realización de pruebas por la imposibilidad de colaboración del mismo dado su mal estado general, así como la evolución desfavorable durante la estancia.

El fallecimiento, acaecido el 31 de enero de 2015 tras una lenta agonía que había comenzado en febrero de 2014 y empeorado progresivamente ante de la desidia y la parsimonia de unos servicios sanitarios que tildaban de lentos e ineficaces al dejar morir al paciente sin prestar tratamiento a su dolencia oncológica y a los síntomas que provocaba, podría haber mejorado a juicio de los reclamantes con una actuación médica más temprana. En particular, advertían que, en el momento del deceso, ni tan siquiera se había llegado a un diagnóstico definitivo a causa de una sucesión de pruebas realizada sin urgencia alguna durante un periodo de cinco meses, cuando la clínica del paciente evidenciaba síntomas característicos de una enfermedad de índole oncológica. Ello habría impedido, no solo hacer frente al cáncer, sino tan siquiera mejorar la calidad de vida de su pariente. Añadían asimismo la queja de no haber sido informados de forma cabal sobre el proceso oncológico hasta el mes de enero de 2015, impidiéndoles de este modo optar por una alternativa de tratamiento distinta.

Por las referidas razones se consideraban acreedores de una indemnización que, conforme al baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico aplicable, cuantificaban en 150.000 euros sin concretar si la petición era conjunta o individual para cada perjudicado. No obstante, sí indicaban que la petición indemnizatoria se extendía no solo al resarcimiento por el fallecimiento de su familiar, sino también a los daños y perjuicios sufridos en vida por aquel, que solicitaban en concepto de herederos.

Adjuntaban a la reclamación una fotocopia del Libro de Familia y documentación médica relativa al proceso asistencial.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

El 20 de febrero de 2014, el familiar de los reclamantes, cuando contaba con 76 años de edad y antecedentes de hipertensión arterial, dislipemia, hiperplasia de próstata intervenida y malformación linfática en lengua intervenida, fue examinado en el Servicio de Digestivo del HUFJD, derivado por su médico de atención primaria (MAP), por un cuadro de reflujo. Tras una exploración física en la que el abdomen se encontró blando, depresible y no doloroso a la palpación, se estableció el juicio clínico de “*molestias faríngeas/esofágicas inespecíficas*”, solicitándose la realización de una analítica y una gastroscopia.

En nueva consulta en el mismo Servicio de Digestivo de 28 de marzo de 2014, el paciente continuaba con las mismas molestias de ardor epigástrico y dolor en la garganta aunque con deposiciones normales sin sangre ni moco, siendo valorados los resultados de la endoscopia digestiva alta (EDA) de 10 de marzo -restos alimentarios y gastritis por *Helicobacter Pylori*-, de la analítica realizada el 21 de febrero -anemia normocítica- y de la anatomía patológica de las muestras tomadas en la EDA. Tras establecer el diagnóstico de “*Molestias faríngeas/esofágicas inespecíficas. Gastritis crónica con metaplasia intestinal. HP (Helicobacter Pylori) positivo. Restos alimentarios en EDA. Anemia normocítica no ferropénica*”, se instauró tratamiento para el HP y emplazó al paciente para una nueva revisión con los resultados de una gastroscopia, así como a su examen por las especialidades de Hematología en relación con la anemia y de Otorrinolaringología.

En la siguiente revisión en Digestivo, de fecha 4 de junio de 2014, se tomó nota de la valoración del paciente por el Servicio de Otorrinolaringología (laringopatía péptica) y el paciente refirió

continuar con las mismas molestias, dolor de laringe y ardor. Se tomó nota de una nueva EDA realizada el 12 de mayo (leve gastropatía antral, biopsias gástricas) y de la segunda analítica de 11 de abril, estableciéndose el juicio clínico de *"Laringopatía péptica. Gastritis crónica con focos de metaplasia intestinal. HP positivo erradicado. Anemia normocítica no ferropénica corregida. Discreta elevación del CA 15-3"*. Se prescribió tratamiento medicamentoso para el reflujo gastroesofágico, derivó al MAP para control de las molestias torácicas y del CA 15-3 y remitió a nueva consulta al cabo de tres meses para control y ajuste del tratamiento.

A los tres meses exactos (4 de septiembre de 2014), se tomó nota de que el paciente había sido valorado por Neumología por aumento de CA15.3 con estudio normal, de que no se producía mejora al tratamiento de la laringitis péptica y la epigastralgia se irradiaba a los hipocondrios, aunque no existía náuseas, vómitos, pérdida de peso ni apetito. Asimismo, a la exploración física, el paciente presentaba dolor a la palpación profunda en epigastrio.

En la siguiente consulta, de 4 de noviembre de 2014, se valoró un TAC de abdomen realizado el 11 de octubre de 2014 que la Inspección Sanitaria deduce por exclusión que debió de ser solicitada en la anterior visita a Digestivo dos meses antes a pesar de no figurar en el informe correspondiente, al no haber reflejo de su solicitud en la historia clínica (*"Veo alerta de resultado de TAC. Probable neoplasia de cabeza de páncreas. Hablaré con ecoendoscopistas para plantear ecoendoscopia alta"*). En dicha prueba de imagen, cuyo informe se había emitido el 3 de noviembre con la consiguiente alerta, en lo que se refiere al páncreas, se reflejaba: *"Lesión hipodensa en cabeza pancreática de aproximadamente 18 mm situada inmediatamente posterior a vena mesentérica superior, sin afectación de la misma. No se evidencia afectación extrapancreática ni signo de afectación de los vasos arteriales o venosos mesentéricos. Conducto pancreático de*

calibre normal. Pequeños ganglios en hilio hepático y retroperitoneo, milimétricos, de dudoso valor patológico. (...) Conclusión: Probable neoplasia de cabeza pancreática sin afectación de vasos mesentéricos". Con el juicio clínico de *"Laringopatía péptica. Gastritis crónica con focos metaplasia intestinal. HP positivo erradicado. Anemia normocítica no ferropénica corregida. SOH negativo. Discreta elevación del CA15-3. Probable neoplasia de cabeza pancreática sin afectación de vasos mesentéricos"*, se estableció como plan *"Hablar con ecoendoscopistas para valorar rentabilidad de ecoendoscopia"*.

El 6 de noviembre de 2014 se analizó la situación del paciente en el Subcomité de Tumores Digestivos del Servicio de Oncología Radioterápica, estableciendo como dictamen: *"Por imagen parece una lesión quística pancreática. Depurar con colangio-RMN y/o ecoendoscopia +/- biopsia"*. Como plan, se decidió remitir el caso al Comité *"para comentar imágenes y decidir actitud"*.

El 7 de noviembre de 2014, en nueva revisión del paciente, se realizó una exploración física y se anotó que continuaba con las mismas molestias de epigastralgia y sensación de ocupación de laringes, con mejoría parcial con el tratamiento, comía con apetito, no había perdido peso y desde el día anterior presentaba dolor agudo en epigastrio irradiado en barra que se pasa con paracetamol. La exploración abdominal resultó normal, así como la de mamas, solicitándose una resonancia magnética (RMN) *"para filiar lesión hepática"*.

La prueba, solicitada según pone de manifiesto la Inspección Sanitaria como "Código 15", *"lo que quizá signifique que con carácter urgente o preferente"*, se realizó el 13 de noviembre de 2014, siendo elaborado su informe el 18 de noviembre. Por esta razón, sus resultados no estaban disponibles en la revisión de 17 de noviembre, en la que se quedó pendiente de su recepción para filiar la lesión hepática o, en caso de que sus resultados fueran normales, realizar

una nueva EDAD atendido que en la anterior se habían reflejado restos alimentarios.

En la consulta de 24 de noviembre, en la que ya se contaba con los resultados de la RM hepática que habían sido remitidos por el Servicio de procedencia el día 19, se valoraron aquellos consistentes en *"Pequeña lesión quística aérea en cabeza pancreática (proceso uncinado) de aproximadamente 14.002. Dos pequeñas lesiones focales hepáticas, inespecíficas que no muestran realce en el estudio dinámico"*. En dicha consulta se anotó que todavía se estaba pendiente de una ecografía de mama y, sobre el estado actual del enfermo: *"Empeoramiento de los síntomas laríngeos. Continúa con dolor abdominal que aumenta tras ingesta, comienza en epigastrio y se irradia a todo abdomen. No vómitos. Deposición diana normal, sin sangre ni moco. Pérdida de 4 kilos por disminución de la ingesta"*. Con los juicios clínicos de *"Laringopatía péptica. Gastritis crónica con focos de metaplasia intestinal. HP positivo erradicado (2014). Anemia normocítica no ferropénica corregida. SOH negativo. Discreta elevación del CA15-3. Lesión quística en cabeza de páncreas. Dolor abdominal. Dudoso síndrome constitucional"*, se solicitó una ecoendoscopia con carácter preferente.

En la siguiente consulta de Digestivo, de 4 de diciembre de 2014, se anotó en cuando a la clínica del paciente: *"Mejor del RGE*, no más molestias de laringopatía péptica. Peor del dolor abdominal, que no relaciona con la comida. Dolor a punta de dedo en HCD*' que aumenta con la respiración. Tos con mocos desde hace 6 días. Come con poco apetito. Ha perdido 1 kilo más en las últimas semanas"*. Se apuntó que la ecografía de mama, realizada el 28 de noviembre, no había reflejado alteraciones, y se seguía pendiente de la endoscopia pedida con carácter preferente que, finalmente, sería realizada el 29 de diciembre de 2014, reflejando según el informe correspondiente: *"Masa de aspecto sólido-quístico en cabeza pancreática (23mmx29mm) que podría*

corresponder a masa inflamatoria en el contexto de pancreatitis crónica, sin poder descartar otras posibilidades. PAAF. Parénquima hepático y árbol biliar sin evidencia de alteraciones. Vesícula con contenido compatible con microlitiasis. Varias adenopatías peripancreáticas menores de 5 mm y otra en tronco celiaco de 5,9 mm. En mediastino se identifican varias adenopatías subcarinales la mayor de 9mm y otra en la ventana aorta-pulmonar de 7 mm, todas ellas de características inespecíficas". El informe de Anatomía Patológica correspondiente a la muestra tomada en la PAAF reflejó: "Sin evidencia de malignidad. Muestra escasamente representativa".

Ya el 6 de enero de 2015, el paciente acudió a Urgencias del HUFJD refiriendo ictericia y aumento del dolor abdominal localizado en el epigastrio, acolia y coluria desde hacía ocho días, así como pérdida de unos ocho kilos desde noviembre. Se constató la evidente ictericia de piel y mucosas, analítica con elevación de parámetros de reacción inflamatoria, anemia, alteración del perfil hepático con patrón de colestasis (supresión o detención del flujo de bilis) y datos de coagulopatía espontánea asociada, por lo que se decidió su ingreso a cargo de Digestivo. Durante su estancia presentó empeoramiento del estado general, con intolerancia digestiva por lo que recibió suplementos orales. En el TAC abdominal realizado el 9 de enero se evidenció progresión tumoral con crecimiento de lesión en cabeza de páncreas, dilatación de la vis biliar y aparición de metástasis hepáticas. En un segundo TAC torácico de 12 de enero, nueva aparición de nódulos de tamaño subcentimétrico, dos en LSD -lóbulo superior derecho- y tres en LII -lóbulo inferior izquierdo en relación con metástasis con mayor probabilidad, dado el contexto clínico del paciente. El 12 de enero se realizó una colangio-pancreatografía retrógrada endoscópica para colocar una prótesis biliar y corregir la obstrucción biliar, el día 14 se intentó realizar PMF de las lesiones hepáticas no siendo posible por el pequeño tamaño de las lesiones unido a la incapacidad del paciente para realizar apneas. Según refleja

el informe de la Inspección Sanitaria, al no tener claras opciones terapéuticas activas frente al tumor (del que no existía diagnóstico histológico) y no permitir el estado del paciente nuevas pruebas invasivas para obtenerlo, fue derivado al Servicio de Cuidados Paliativos ante el rápido progreso de la enfermedad, a cuyo cargo estaría -recibiendo tratamiento con opioides parenterales y corticoterapia- hasta la fecha de su fallecimiento, producido el 31 de enero de 2015.

TERCERO.- Recibida la reclamación, por oficio de la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas del SERMAS de 6 de agosto de 2015, se informó a los reclamantes de la normativa que regía el procedimiento, el plazo para resolverlo y el sentido de un posible silencio administrativo. Asimismo, en el mismo acto se les reclamó la aportación de la documentación justificativa de su condición de herederos del paciente fallecido.

En respuesta a dicha solicitud, el abogado de los reclamantes presentó con fecha 2 de septiembre de 2015 una copia del testamento del paciente, suscrito ante notario del Ilustre Colegio de Madrid en fecha 22 de marzo de 2006.

A continuación, se recabó informe del Servicio de Aparato Digestivo del HFJD, siendo suscrito por su jefe con fecha 6 de octubre de 2015. En el mismo, tras resumir los pormenores de la asistencia prestada al paciente, se incluyó un “Comentario médico” expresado en los siguientes términos:

<< El paciente fue evaluado de forma adecuada en todo momento por el médico responsable. En este caso se solicitaron todas las pruebas precisas para su estudio, sin haberse escatimado ningún medio diagnóstico durante todas las valoraciones, siendo las pruebas realizadas las ajustadas al proceso del caso al que se refiere.

En lo que refiere a la demora inexcusable, este caso presenta circunstancias que han podido determinar una mayor complejidad en su manejo. Se siguieron los cauces habituales, tras la información proporcionada por la primera prueba radiológica realizada (el TAC).

Además, la impresión diagnóstica de un quiste de páncreas de alguna manera determinó que la urgencia de los distintos procedimientos posteriores fuera relativa. Sin embargo su médico, alertado por los síntomas del paciente, indicó la RM de forma urgente. Esta prueba radiológica reiteró la impresión de que se trataba de un quiste y no identificó más datos sospechosos de enfermedad. Por otra parte la impresión de que se tratara de una lesión quística (avalada por los estudios de imagen del TAC y la RM) es lo que hace que, ante la no evidencia de patología oncológica, la ecoendoscopia como otra prueba más de su estudio, se realice 5 semanas después.

Lo que se refiere a la información, el médico responsable transmitió de manera clara los resultados de las distintas pruebas. Evidentemente no pudo comentar que se tratara de un proceso oncológico dado que, a pesar de que la clínica del paciente pudiera sugerir de alguna manera algo más grave, las pruebas realizadas no avalaron la posibilidad de una neoplasia, hasta la realización de la ecoendoscopia donde se realizó la punción para descartar la naturaleza oncológica de la lesión quística evaluada. Obviamente, el no disponer de un diagnóstico certero a pesar de los procedimientos realizados determinó la ausencia de tratamiento específico >>.

Con posterioridad, se solicitó el informe de la Inspección Sanitaria, que fue emitido con fecha 17 de noviembre de 2014. En él, la funcionaria a quien se le encomendó dicha tarea, después de fijar los

antecedentes del caso y establecer las consideraciones médicas que consideró oportunas, estableció las siguientes conclusiones:

“1. De acuerdo con la información disponible, el cáncer de páncreas que padecía [el familiar de los reclamantes] se diagnosticó tardíamente (y su categoría anatomopatológica nunca, lo que impidió que recibiera tratamiento específico} en parte a causa de la dificultad intrínseca de este diagnóstico y las limitaciones de las pruebas existentes, pero en parte también debido a que se produjeron durante todo el proceso demoras en la realización de las exploraciones o en la comunicación de los resultados difíciles de justificar teniendo en cuenta cuál era la sospecha.

2. No hay constancia en la historia de que se informase al paciente o a sus familiares sobre el diagnóstico que se buscaba descartar (o confirmar) antes del ingreso que finalizó con su exitus”.

Mediante sendos oficios de 29 de junio de 2017 se otorgó el trámite de audiencia, respectivamente, a los reclamantes y al centro sanitario concertado objeto de la imputación.

El abogado de los reclamantes, mediante escrito de 20 de julio, incidió en los argumentos expuestos en la reclamación, destacando que habían resultado corroborados por la Inspección Sanitaria en su informe. Aprovechó su escrito para concretar la parte de los 150.000 euros reclamados en total que correspondía a cada interesado: 86.276 € para la viuda y 9.586 euros a cada uno de los hijos (115.034 €), a los que había que sumar los intereses desde 2014, fecha de la última actualización del baremo (125.962 €). Otros 25.000 euros eran imputados a la falta de información al entorno familiar. Además, significaba que, al no haberse ofrecido el más mínimo tratamiento al paciente, no cabía hablar de pérdida de oportunidad puesto que el paciente había perdido la totalidad de posibilidades de mejoría,

supervivencia y de calidad de vida al haber recibido el 0,0 % del tratamiento que los servicios sanitarios pueden dispensar a los pacientes con cáncer de páncreas.

Por su parte, el HFJD, por medio de su director médico, defendió con fecha 26 de julio que la asistencia dispensada al paciente se había ajustado a las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Así lo deducía del informe incorporado al procedimiento por su Servicio de Aparato Digestivo y del emitido por la Inspección Sanitaria, que matizaba en el sentido de que no había sido posible diagnosticar anticipadamente la patología del paciente al existir un cuadro claro de reflujo gastroesofágico con confirmación por la EDA de la existencia de una gastritis crónica con *Helicobacter Pylori* positivo, que de ninguna manera orientaba inicialmente hacia la posibilidad de un cáncer de páncreas.

Materializado el trámite de audiencia, se incorporó al procedimiento un informe médico pericial emitido con fecha 2 de marzo de 2016 por un especialista en Oncología Médica a solicitud de la aseguradora del centro concertado. En el mismo, se establecen las siguientes conclusiones:

“Los síntomas que el paciente presentaba en febrero de 2014 eran compatibles con el cuadro de reflujo por el que estaba siendo estudiado y en nada hacían suponer la existencia de un cáncer de páncreas.

2. El paciente fue seguido hasta octubre de 2014 con frecuencia, sin que aparecieran síntomas ni datos objetivos que sembraran la duda respecto a la certeza del diagnóstico de reflujo.

3. La imagen pancreática que fue observada en octubre del 2014 fue estudiada exhaustivamente mediante TACs, resonancia, ecoendoscopia y biopsias. Aunque siempre persistió la duda

diagnóstica, todas esas pruebas apuntaban hacia un diagnóstico de benignidad.

4. El curso posterior de los acontecimientos mostró que el cáncer de páncreas ya estaba diseminado en noviembre de 2014 y, por lo tanto, la enfermedad era incurable y la muerte, inevitable.

5. A partir de enero de 2015, la evolución del cáncer se aceleró de forma imparable revelando, primero, la verdadera naturaleza maligna de la enfermedad y, segundo, impidiendo la implementación de cualquier medida terapéutica”.

Tras ello, se daría a los interesados un segundo trámite de audiencia remitiéndoles la nueva documentación incorporada al expediente administrativo. El centro concertado, mediante escrito de 19 de noviembre de 2018, se reiteró en la argumentación expuesta en su anterior escrito, que entendía resultaba reforzada por el informe del especialista en Oncología, y denostó las alegaciones del reclamante al considerar que hacía una interpretación sesgada e interesada del informe de la Inspección Sanitaria. En cambio, no consta que el abogado del reclamante presentara nuevas alegaciones no obstante haber recibido la notificación de la nueva dación del trámite, aunque sí solicitó con posterioridad la identificación de la aseguradora y una copia de la póliza de seguro.

Formalizado el trámite de audiencia, el viceconsejero de Sanidad ha formulado propuesta de resolución de 14 de diciembre de 2018 en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial al considerar que, a lo largo del procedimiento, no se había demostrado la existencia de mala praxis.

Emitida la propuesta de resolución se ha formulado consulta que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el 21 de enero de 2019, dando lugar al expediente nº 7/19 que

ha correspondido al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 7 de febrero de 2019.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según 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, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en 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 (LRJ-PAC), y 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 (RPRP). Así se deduce del hecho de haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas (LPAC), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para reclamar los daños que les ha producido de un modo personal el fallecimiento de su familiar directo. La acreditación del vínculo de parentesco se ha producido mediante la aportación del Libro de Familia.

No obstante, a la reclamación de los daños morales derivados del fallecimiento de su padre y esposo acumulan, según indica su abogado en el escrito de reclamación, la solicitud de los daños personales causados a este todavía en vida. Con relación a esta cuestión, es doctrina consolidada de la Comisión Jurídica Asesora (dictámenes 285/16, de 7 de julio; 201/17, de 18 de mayo, y 512/18, de 29 de noviembre), la que niega el carácter transmisible a los herederos de la acción para reclamar los perjuicios producidos en la salud del paciente cuando este haya fallecido sin haber interpuesto la correspondiente reclamación, en cuanto que no se encontraban determinados por el perjudicado al tiempo de su fallecimiento.

Además de por la asistencia sanitaria en sí misma considerada, los interesados reclaman por la falta de información al paciente y a su familia sobre la existencia de un proceso oncológico, que no se produjo, según alegan, hasta enero de 2015.

En relación con la reclamación de los perjuicios derivados de la falta de información (en su modalidad de consentimiento informado), en el Dictamen 200/18, de 3 de mayo (con cita de otros precedentes de este mismo órgano consultivo), matizamos la necesidad de diferenciar entre la falta de información a los familiares reclamantes, que se vincula a un derecho propio habilitando la solicitud de indemnización de los perjuicios sufridos por ella, de las consecuencias de la defectuosa información suministrada al paciente. Con respecto a esta última, negábamos la legitimación activa a los familiares en coherencia con la

doctrina de esta Comisión sobre el carácter personalísimo del derecho a la información y, por tanto, intransmisible a los herederos, de tal forma que solo el paciente puede reclamar por la vulneración de su autonomía.

Según decíamos también en aquella ocasión, no se ignora la existencia de algunos pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, variando su postura antecedente, se han pronunciado en sentido distinto. No obstante, no lo consideramos un argumento suficiente para variar nuestra doctrina al respecto en la medida en que este cambio de criterio se basa en la cita de dos sentencias del Tribunal Supremo, de distintas jurisdicciones (STS de 13 de septiembre de 2012, Rec. 2019/2009, y STS de 26 de marzo de 2012, Rec. 3531/2010) que no constituyen jurisprudencia ni exponen una doctrina de alcance general, careciendo, por otra parte, del carácter uniformador que en la actualidad podría tener un eventual pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en atención al interés casacional objetivo que –a nuestro entender- podría revestir la cuestión.

Ahora bien, la mujer e hijos del paciente también denuncian falta de información a la familia sobre el alcance de la dolencia de su familiar. A este respecto, el artículo 5.1 de la Ley 41/2002, tras establecer en su primer inciso que el titular del derecho a la información es el paciente, matiza a continuación que *“[t]ambién serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”*.

En virtud del citado precepto, los familiares, siempre que no haya una manifestación contraria por parte del paciente, tienen derecho a ser informados del estado y evolución del enfermo. Así se consideró también por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 96/15, de 11 de marzo, aunque matizando que había que

diferenciar este derecho a la información de carácter general del específico destinado a la prestación de consentimiento informado, que solo correspondía al paciente y que, excepcionalmente, se puede admitir que lo presten los familiares en los casos previstos en el artículo 9 de la propia Ley 41/2002. Esta Comisión también se ha pronunciado en este sentido en nuestro Dictamen 34/17, de 26 de enero.

Por lo tanto, en este punto de la falta de información, la legitimación de los actuales reclamantes se circunscribe a la información que – según sus alegaciones- habrían dejado de recibir.

En cuanto a la legitimación pasiva para soportar la reclamación, corresponde a la Comunidad de Madrid como titular del servicio sanitario de carácter público en su ámbito territorial, a cuya prestación coadyuva el centro sanitario cuya actuación es puesta en tela de juicio.

En dicho sentido, el hecho de que, entre los actos médicos que son objeto de imputación a través de la reclamación, figure una intervención quirúrgica realizada en régimen de concierto, no es obstáculo para que la reclamación se dirija frente a la Administración autonómica. Así, tal y como ha señalado esta Comisión Jurídica Asesora en sus dictámenes 454/16, de 13 de octubre, y 139/17, de 30 de marzo, asumiendo la también reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (por todas, sentencias de 30 de enero y de 6 de julio de 2010 (RR. 1324/2004 y 201/2006, respectivamente), a la Administración sanitaria le resulta imputable 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.

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 10.1 del RPRP, se ha recabado informe del servicio relacionado con los hechos a los que se refiere la reclamación, que es el de Aparato Digestivo del HFJD. Asimismo, se ha incorporado al expediente administrativo un informe de la Inspección Sanitaria sobre los hechos que motivan la reclamación y el historial clínico del centro implicado en el proceso asistencial. Instruido el procedimiento, se ha otorgado el trámite de audiencia a los reclamantes y al centro concertado implicado, se ha dictado una propuesta de resolución. Asimismo, se han incorporado al expediente los historiales clínicos del HFJD relacionados con la asistencia médica prestada al familiar de los reclamantes.

Por consiguiente, no se observan deficiencias generadoras de indefensión o que impidan al mismo alcanzar el fin que le es propio.

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo. Este plazo se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el caso sometido a dictamen, la concreción del daño se produjo en la fecha del fallecimiento del padre y esposa de los reclamantes, sobrevenido el 31 de enero de 2015. De esta forma, la reclamación presentada el 30 de julio de ese mismo año debe considerarse formulada dentro del plazo legalmente establecido.

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 LRJ-PAC, en su Título X, artículos 139 y siguientes, que ha de considerarse la norma de referencia en la cuestión objeto de dictamen, actualmente sustituida por las reglas de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente en relación a una persona o grupo de personas;

b) que el daño o lesión patrimonial sufridos por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

c) ausencia de fuerza mayor, y

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

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, 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. Pero que

“... 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 esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

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

Así, señala también el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada con profusión (por todas, la STS de 19/5/2015, RC 4397/2010) 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 procedimiento datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, se viene señalando que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales pueda 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* puesto que al no proporcionar a los interesados esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal (SSTS de 19/5 y de 27/4/2015, RRCC 4397/2010 y 2114/2013).

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”.

En el caso de los reclamantes, el perjuicio viene dado por la innegable quiebra moral que produce el fallecimiento de un ser querido.

No obstante, conviene recordar que, para que el daño resulte imputable a la Administración, sería necesario satisfacer la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, que recae en quien la reclama. Así, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de marzo de 2016 (recurso 658/2015), *“la prueba de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado, así como la existencia y contenido de éste, corresponde a quien reclama la indemnización, sin que proceda declarar la responsabilidad de la Administración cuando esa prueba no se produce”.*

En el caso sujeto a análisis, ante la falta de aportación probatoria por parte de los reclamantes, hay que atender a los informes, contradictorios parcialmente, de la Inspección Sanitaria y de un perito a petición de la aseguradora, y valorar conforme a ellos si se ha producido en el caso una pérdida de oportunidad imputable a la Administración sanitaria.

Como recuerda la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las sentencias de 13 de julio de 2005 y 12 de julio de 2007, *“para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios”*.

Añade a ello la Sentencia de la misma Sala de 27 de enero de 2016 (recurso 2630/2014) que, *“[e]n la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”*.

En el caso sujeto a dictamen, el informe de la Inspección Sanitaria, como ha sido reflejado en los antecedentes fácticos, refleja que la demora en el tratamiento del paciente se debió en parte a la dificultad intrínseca del diagnóstico y a las limitaciones de las pruebas existentes, y en parte a una difícilmente justificable demora en la realización de pruebas.

Consideramos de mayor fuerza de convicción el informe de la Inspección Sanitaria que el emitido a instancia de la aseguradora, por varias razones.

En primer lugar, habida cuenta de la objetividad e imparcialidad presumible en el ejercicio de sus atribuciones. Así lo refiere la doctrina aplicada asiduamente por esta Comisión, por todos en el Dictamen

212/17, de 25/5, en línea con la S. del TSJ de Madrid de 18/3/2016, R. 154/2013, que señala que dicho informe,

“(...) no constituye prueba pericial en sentido propiamente dicho, 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 segundo lugar, en atención a las circunstancias del caso, que evidencian la espontaneidad de dicho informe, en tanto que el de la aseguradora, de fecha posterior al de la Inspección, se emite a la vista de este último, con objeto de servir de contrapeso a sus conclusiones.

En tercer lugar, porque la actitud expectante del Servicio de Digestivo del HUFJD queda reflejada al analizar el historial clínico, implicando una demora en el tratamiento del paciente ante un cuadro que, al menos potencialmente, era de indiscutible gravedad.

Precisamente por esta misma razón deben rechazarse, conforme a lo indicado por la propuesta de resolución, las quejas relativas a una pretendida falta de información a los familiares, ya que la información que se fue ofreciendo fue la existente, si bien confundida por el retraso en el diagnóstico.

QUINTA.- A la hora de valorar la entidad de los perjuicios sufridos, debe tenerse en cuenta, por una parte que, según reflejan los informes médicos, la evolución del paciente no hubiera sido mucho mejor aun habiendo iniciado anteriormente el tratamiento, es decir que la pérdida de oportunidad de curación se presenta en un grado apenas relevante, toda vez que, según los diversos informes médicos

aportados al procedimiento, una detección anterior de la enfermedad apenas hubiera podido influir sobre su evolución. De esta forma, la oportunidad perdida se limita a la posibilidad de que se hubiera podido retrasar en corta medida el fallecimiento del familiar de los reclamantes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recuerda que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el daño.

Es importante señalar que la pérdida de oportunidad resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo, por lo que hay que acudir a las circunstancias concretas del caso y su valoración.

Consideramos más acertado reconocer una cantidad global y no aplicar el baremo establecido para los accidentes de tráfico como realiza el informe pericial emitido a instancia del Servicio Madrileño de Salud y acoge la propuesta de resolución, pues entendemos que los conceptos que se recogen en el baremo no encuentran encaje para indemnizar el caso que nos ocupa. En este punto cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 306/2013) en la que en un caso parecido de pérdida de oportunidad rechaza la aplicación del baremo respecto al que destaca *“que según la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera...no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las*

circunstancias concurrentes”. La Sentencia opta por la valoración global del daño, acogiendo doctrina del Tribunal Supremo (así Sentencia de 17 de julio de 2014) en la que se dice que «*la Jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990 , derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993 , se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988 , “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria*».

Asimismo, el hecho de que el inspector actuante refleja como factor concomitante al retraso en la realización de las pruebas, la dificultad del diagnóstico, conlleva a aplicar un factor de moderación de la responsabilidad patrimonial.

Atendido lo anterior, y que únicamente se está indemnizando el daño moral derivado del fallecimiento del paciente (concretado a la pérdida de oportunidad) según hemos precisado al tratar sobre la legitimación activa, consideramos razonable indemnizar de un modo conjunto a los reclamantes en un importe de 6.000 euros, que debe considerarse actualizado.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, indemnizando a los reclamantes en la cuantía de 6.000 euros.

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

Madrid, a 7 de febrero de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 47/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid