

Dictamen nº: **247/22**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **04.05.22**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 4 de mayo de 2022, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. ....., en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad, ....., por los daños y perjuicios causados por el fallecimiento de su esposo, D. ....., que atribuyen al retraso de diagnóstico y al tratamiento dispensado por un cáncer de pulmón en el Centro de Salud Las Cortes, de Madrid, y en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Las personas mencionadas en el encabezamiento, mediante escrito presentado el 2 de noviembre de 2019 en la Comunidad de Madrid, formulan reclamación de responsabilidad patrimonial en la que exponen que, su esposo y padre, acudió el 11 de octubre de 2017 a Atención Primaria por dolor en el costado y zona del pecho desde hacía unas semanas, lo que su doctora diagnosticó como condritis costal, pautándole ibuprofeno, medicación que modificó el día

13 a Enantyum y Metamizol. Sostiene que el día 16 del citado mes, mantuvo el diagnóstico referido y que en diciembre de 2017 su marido acudió a Atención Primaria al no haber mejoría, pautándose distintas pruebas diagnósticas (RX parrilla costal e interconsulta con Traumatología). El 15 de enero de 2018, su esposo estaba peor y además se apreció una tumoración dura en el reborde costal, pidiéndose Rx y eco preferente, con el resultado de carcinoma de pulmón y el día 17 de enero de 2018 como resultado de un TAC, se concluyó la presencia de una lesión nodular espiculada de 22 x 15 mm sospechosa de neoplasia primaria y lesión lítica expansiva en el 8º arco costal lateral derecho, con masa de partes blandas de 56 x 32 mm, sugestiva de metástasis.

Los reclamantes reprochan que no haya en el historial clínico de su familiar ninguna anotación sobre la prevalencia de la enfermedad oncológica en su familia, aunque el marido de la reclamante informó en su momento del fallecimiento de una hermana, el 18 de julio del 2007, por cáncer de pulmón y del diagnóstico, intervención y tratamiento de la misma patología de un hermano en diciembre de 2006, además del hecho de que su madre había sido tratada de varios tumores cancerígenos y de que falleció como consecuencia de dicha enfermedad. Destaca que esos antecedentes familiares debían de haberse incluido en su historial -tal y como parece ser que se hizo con la hepatitis B que padecía- y ser tenidos en cuenta por su médico de Atención Primaria. Según los reclamantes, con esos datos, quizás se habría podido diagnosticar la enfermedad oncológica cuatro meses antes, esto es, desde los primeros síntomas, así como abordar también la patología desde otro punto de vista sanitario, incluido el de la prevención, con la inclusión del dato de que trabajaba con productos de cierta toxicidad como pintor de automoción.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, los interesados explican que, tras consulta y pruebas realizadas por el Servicio de Neumología del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz y la sesión multidisciplinar sobre cáncer de pulmón, se recomendó el abordaje quirúrgico de ambas lesiones, lo que se realizó el 27 de febrero de 2018, no siendo necesario el ingreso en la UCI y que su familiar fue derivado a Oncología, con la recomendación de aplicar quimioterapia y radioterapia para reducir la posibilidad de reincidencia, y con alta de la Unidad de Cirugía Torácica el día 16 de marzo.

La reclamante continúa relatando que, en el Servicio de Oncología, el día 1 de abril de 2018, la oncóloga comentó verbalmente a la reclamante y a su marido que se decantaba por incluirle en un estudio de Fase III en lugar de aplicarle la quimioterapia adyuvante por haber aparecido metástasis en una glándula suprarrenal, si bien el 12 de abril de 2018 fue rechazado como candidato al comentar que había padecido hepatitis B, dato que no fue tenido en cuenta por la oncóloga, a pesar de aparecer en las analíticas previas practicadas, y que era su responsabilidad conocer los criterios para participar en un ensayo de este tipo antes de decantarse por esa vía de tratamiento.

Los reclamantes relatan que su familiar fue derivado a un ensayo de Fase I sin que su médico oncólogo valorase la pertinencia o no de un tratamiento experimental de no probada eficacia en lugar de seguir el criterio del cirujano respecto a la quimioterapia adyuvante y la radioterapia. Sostiene que antes de la firma del consentimiento informado para el ensayo, se preguntó reiteradamente a la doctora que si, en caso de que no funcionara la inmunoterapia, existía tratamiento, y que dicha doctora les aseguró que, antes de que no se pudiera hacer nada y si no diera resultado, se suspendería el ensayo para controlar la progresión de la enfermedad. Subraya que, con la confianza ante lo manifestado, su marido inició el tratamiento y permaneció en el mismo

hasta julio de 2018, fecha en la que la progresión de la enfermedad, como luego pudo averiguar la esposa, hacía ya prácticamente inútil cualquier tratamiento. Sostienen que no fueron informados del alcance de los resultados del TAC realizado el 27 de marzo de 2018 ni de la progresión de la enfermedad, y que de haber conocido esos datos de manera clara y comprensible y en función de los riesgos del ensayo que se recogen en el documento de consentimiento habrían pedido una segunda opinión antes de consentir la participación en el ensayo clínico.

Según explican los reclamantes, durante el tiempo en que su familiar permaneció en el ensayo clínico no hubo lugar a una estrecha vigilancia de la salud global del paciente, a pesar de las advertencias de la interesada sobre la mala situación de su esposo; que el 15 de junio de 2018, a pesar de la notoria progresión de la enfermedad, de la que no se les informa y de la que sí es conocedor el servicio médico, se les indica que debe seguir en el ensayo y se le pasa a firma un segundo documento de consentimiento informado, incumpliendo la aseveración sobre la interrupción de la terapia inmunológica en caso de no mostrar los resultados esperados con el fin de que se pudiera aplicar otro tratamiento médico e incumpliendo los deberes de información y de documentación clínica, y que el avance de la enfermedad en esas fechas ya pronosticaba la escasa o nula operatividad de cualquier tratamiento futuro, pero que la actuación de la doctora, tras conocer los resultados del TAC realizado el 12 de junio de 2018, confirma que dio más importancia a los resultados del ensayo que a velar por la salud del paciente.

A continuación, los reclamantes relatan dos episodios de ingreso hospitalario de su familiar, el primero, del 29 de julio de 2018 al 7 de agosto de ese año, por haber sufrido un infarto agudo de miocardio, que los interesados relacionan con el combinado de inmunoterapia objeto

del ensayo. En cuanto al segundo ingreso, del 15 al 28 de noviembre de 2018, los reclamantes denuncian que fue motivado por una prescripción errónea de Effentora 200, lo que, en su opinión, fue determinante en la aparición de la patología renal que motivó el ingreso hospitalario.

Por otro lado, los interesados también denuncian que en ningún momento se proporcionara ayuda domiciliar para abordar la enfermedad, ni siquiera tras el ingreso de noviembre.

A continuación, los reclamantes se refieren al último ingreso de su familiar, antes de su fallecimiento el día 26 de diciembre de 2018, y reprochan que se le trasladara a la Unidad de Cuidados Paliativos en contra de su voluntad. Además, sostienen que se produjo la omisión del deber de cuidado de la reclamante, como familiar y cuidadora, por vulneración del art.17.4 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir.

Por último, los interesados señalan que todo el proceso sufrido ha llevado a la esposa a estar de baja laboral desde el 16 de noviembre de 2018 hasta el 5 de julio de 2019, fecha esta última en la que solicitó el alta para recobrar cierta normalidad por el bienestar de su hijo menor de edad, pero que en la fecha de la reclamación sigue necesitando tratamiento psicológico.

Los reclamantes se remiten como prueba de todo lo expuesto a la historia clínica de su familiar tanto de Atención Primaria como del centro hospitalario y solicitan que se requiera a los responsables del ensayo clínico para que aporten toda la información de la que dispongan sobre su marido: pruebas, informes, valoraciones de la evolución del tratamiento, incidencias en la salud del paciente, conclusiones, etc.

Por todo lo expuesto, los interesados reclaman una indemnización en cuantía que no concretan.

El escrito de reclamación se acompaña con copias del DNI de la interesada, de su hijo y del marido fallecido, copia del libro de familia y diversa documentación médica (folios 1 a 124 del expediente).

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

1. Según la documentación de Atención Primaria, referida a la asistencia al paciente fallecido en el Centro de Salud Las Cortes, de Madrid, resulta que el familiar de los reclamantes, nacido el 10 de septiembre de 1966, contaba como antecedentes de interés con el diagnóstico de hepatitis B en el año 2003. No figura en la mencionada documentación referencia a los antecedentes oncológicos de los familiares del paciente.

El día 11 de octubre de 2017 consultó por dolor en el costado y zona del pecho desde hacía unas semanas, que fue diagnosticado como condritis costal (osteocondropatías), pautándole ibuprofeno y posteriormente, el día 13, Enantyum y Metamizol.

El día 16 de octubre, se anota que el paciente no toma Enantyum porque no lo tolera y que tiene dolor al palpar el reborde costal.

El día 5 de diciembre, el familiar de los reclamantes acude al centro de salud por no presentar mejoría y se pauta una radiografía ósea de tronco.

El 18 de diciembre se anota el resultado de la RX, en la que no se observan alteraciones en las estructuras óseas visualizadas, líneas de fractura costal, ni evidencia de derrame pleural y se pauta Capsaicina

crema y Celecoxib. Se anota que sigue con dolor en reborde costal, que en ese momento tiene vacaciones (trabaja cargando) y que si no mejora tras las vacaciones le remitirá a Traumatología.

El 26 de diciembre vuelve a consulta porque cada vez le duele más. Se emite parte de interconsultas a Traumatología y se receta Versatis.

En la asistencia del 10 de enero de 2018 el dolor no ha mejorado con la medicación. El paciente refiere que ha ido a Traumatología y que ese servicio ha considerado que no le corresponde tratamiento por su parte y ha pautado Zaldiar.

El 15 de enero, se anota que está peor y en ese momento se palpa una tumoración dura en reborde costal derecho. Consta que tiene RX el 23 y cita con Cirugía General el 25. Se pide Rx y eco preferente.

El 17 de enero se anota el resultado de un TAC: *“Lesión nodular espiculada de 22 x 15 mm en el segmento lateral del LM sospechosa de neoplasia primaria. Lesión lítica expansiva en el 8ª arco costal lateral derecho con masa de partes blandas asociadas y unos diámetros de 56 x 32 mm, sugestivo de metástasis. Presenta amplio contacto (2.5cm) con la superficie diafragmática sin plano grueso de separación entre ambas estructuras. No se aprecian otros datos sospechosos de afectación secundaria a otros niveles”.*

Consta que volvió a consulta el 12 de febrero, por persistir el dolor, y el 20 de febrero, cuando se anotó que le operaban el día 27.

2. Según consta en la historia clínica remitida por el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, el esposo y padre de los reclamantes, contaba con antecedentes familiares de hermano, diagnosticado de tumor de pulmón con metástasis cerebral a los 50 años, ya libre de enfermedad; hermana fallecida de cáncer de pulmón a

los 50 años; madre fallecida de carcinoma de mama con metástasis, a los 82 años, intervenida previamente de cáncer útero y tiroides y hermana operada de cáncer de colon.

Fue visto en consulta de Neumología el 22 de enero de 2018. Se anotó que el dolor en hemitórax derecho, de carácter mecánico, se había ido incrementando progresivamente. Se pautaron diferentes pruebas diagnósticas (fibrobroncoscopia, biopsia mediante PAAF externa y estudio funcional pulmonar).

El 30 de enero de 2018 se debatió el caso en sesión multidisciplinar de cáncer de pulmón, acordando la realización de PET-TC, y en caso de no objetivarse afectación a distancia remitir a consultas externas de Cirugía Torácica para abordaje quirúrgico de ambas lesiones.

A la vista del resultado del PET-TC realizado el 1 de febrero de 2018, y estudiado de nuevo el caso en sesión multidisciplinar de cáncer de pulmón, ante el diagnóstico oncológico de carcinoma epidermoide y estadio tumoral T1bN0M1a oligometastásico, y en ausencia de captaciones fuera de la lesión costal y la imagen nodular, se decidió remitir al paciente a cirugía torácica para abordaje quirúrgico de ambas lesiones.

El 9 de febrero de 2018 acudió a Cirugía Torácica donde se propone lobectomía media derecha y resección de lesión costal en un mismo tiempo, firmando el documento de consentimiento informado y el 14 de febrero de 2018, fue visto en Anestesia, firmando también el documento de consentimiento informado.

El 27 de febrero de 2018 se realiza la intervención sin incidencias y el postoperatorio transcurre sin complicaciones, recibiendo el alta hospitalaria el 5 de marzo de 2018. El resultado de Anatomía Patológica

fue de estadio patológico pT3 (afectación de pleura parietal) pN1 (afectación de un ganglio intrapulmonar hilar) pM1 (metástasis al 8° arco costal) y el diagnóstico: carcinoma escamoso de pulmón pT3-4N1M1 (metástasis costal reseçada).

El 15 de marzo de 2018, el familiar de los reclamantes acude a consulta de Oncología para valoración de tratamiento quimioterápico. Se solicitó estudio mutacional del tumor, ecocardiograma, control analítico con serología y TC postquirúrgico. Se le citó en una semana para ver resultados y plantear tratamiento de quimioterapia adyuvante.

El 16 de marzo de 2018, el paciente recibió el alta por parte del Servicio de Cirugía Torácica.

En la consulta de 22 de marzo de 2018 en el Servicio de Oncología se revisaron los resultados de serología, se recomendó tratamiento para el dolor y fue citado en 15 días para revisión de resultados de TC y ecocardiograma, que se realizaron el 27 de marzo de 2018.

El 31 de marzo de 2018 acudió a Urgencias por mal control del dolor con los parches de fentanilo y fiebre asociada a tiritona, con deterioro del estado general. Con el juicio clínico de derrame pleural compatible con exudado posinfeccioso postquirúrgico, sobreinfección tras bilobectomía inferior y media con resección de 8° arco costal y mal control del dolor, se inicia antibioterapia y perfusión de cloruro mórfico.

Se cursó ingreso a Oncología Médica y se solicitó valoración por Cirugía Torácica decidiéndose manejo conservador con cobertura antibiótica de amplio espectro. Durante el ingreso se informó al paciente de la aparición de metástasis en la última TC, y de que, ante la expresión de PDL1 del 90%, cabría la posibilidad de entrar en un ensayo clínico de inmunoterapia. Se solicitó serología de hepatitis B de cara a descartar infección crónica, que resultó negativa; se pidió

interconsulta a Digestivo para aclarar serología VHB, y se solicitó carga viral porque podría ser portador o infección pasada. Se revisaron todos los criterios de inclusión y exclusión y como el paciente cumplía todos los criterios, quedaron pendientes de la contestación del promotor del ensayo, para su inclusión. Su estado general fue mejorando y dada la estabilidad clínica fue dado de alta hospitalaria el 10 de abril de 2018.

El 12 de abril de 2018 fue visto en consulta de Oncología Médica. Firmó el documento de consentimiento informado para el registro de tumores E idealk y ese mismo día pasó a consulta de Fase 1 para valorar inclusión en ensayo clínico, pues dados los antecedentes del paciente (hepatitis B pasada) no se le podría incluir en ningún estudio de Fase II-III.

En la primera consulta en ensayos clínicos de Fase I, se apreció que el paciente se encontraba clínicamente bien y con estado funcional PS1. Se consideró que tenía enfermedad medible y biopsiable y que por la hepatitis B pasada (antígeno negativo), sería elegible para ensayo de Nivolumab más inhibidor de IDO 1. Se le explicaron las generalidades de los ensayos, y los pros y contras de participar en uno de ellos. Se le dio el documento de consentimiento informado, que firmó al día siguiente, quedando incluido en el ensayo clínico.

El 19 de abril de 2018, en la consulta del ensayo Fase I, se le realiza, sin incidencias, biopsia de masa en partes blandas de 9° arco costal derecho bajo anestesia local y tras revisar los criterios de inclusión y exclusión se confirma que el familiar de los reclamantes es elegible para participar en el ensayo.

Comienza el tratamiento el 20 de abril de 2018, finalizando el primer ciclo el 11 de mayo siguiente, fecha en que se realiza biopsia de masa en partes blandas de 9° arco costal derecho, en el marco del ensayo clínico.

El 18 de mayo de 2018 se realiza revisión en consulta de ensayo clínico Fase I y se inicia el segundo ciclo.

Se realiza TC el 12 de junio de 2018 y se aprecian signos radiológicos de progresión de la enfermedad.

En la revisión del 15 de junio de 2018 en el marco del ensayo clínico Fase I, el dolor había mejorado claramente y el paciente se sentía mejor, por lo que consintió continuar tratamiento post-progresión, comenzando el 18 de junio el tercer ciclo.

El 13 de julio acudió a Urgencias por fiebre y síndrome miccional asociado. Se decidió, de acuerdo con su oncólogo habitual, antibioterapia empírica, vigilancia domiciliaria y abundante hidratación oral.

En la revisión en la consulta de ensayo clínico Fase I, el 16 de julio de 2018, el familiar de los reclamantes se encontraba clínicamente bien, con dolor mejor controlado. Se inició el 4º ciclo.

El 17 de julio de 2018 se realizó TC en la que se apreciaron signos radiológicos de progresión de la enfermedad.

El 29 de julio de 2018, el paciente acudió al Servicio de Urgencias por episodio febril de 38,1°C sin referir un foco claro. Se decidió ingreso a cargo de Oncología, con antibioterapia. Durante el ingreso se detectaron cambios electrocardiográficos sugestivos de isquemia miocárdica. Tras reinterrogar al paciente, comentó episodio de dolor torácico en su casa por el que no consultó y que sugería evento isquémico. Se solicitó valoración por Cardiología que apreció infarto agudo de miocardio inferior evolucionado. Ante estos hallazgos se inició antiagregación y se realizó ecocardiograma el 31 de julio, procediéndose a realizar el 3 de agosto coronariografía, seguida de colocación de stent.

El evento se consideró como incidental y no relacionado con la inmunoterapia.

Durante el ingreso presentó anemia grado 3 con necesidad de transfusión, sin incidencias inmediatas y con estabilización de hemoglobina posterior. La evolución clínica fue buena y fue dado de alta el 7 de agosto de 2018, para seguimiento en consultas de Cardio-Oncología y de Oncología Médica. Se explicó al paciente y a su esposa los hallazgos de la última TC, que mostraban progresión, por lo que se comunicó que se iniciaría una segunda línea de tratamiento.

El 9 de agosto de 2018 el familiar de los reclamantes acudió a revisión en la consulta del ensayo clínico Fase 1. Se constató que el paciente había recibido cuatro ciclos completos hasta julio de 2018 y que en TC tras 3 ciclos se apreciaron datos de progresión, que se confirmaron en nueva TC tras 4 ciclos. El paciente se encontraba en estadio IV, clínicamente bien, dolor mejor controlado, con masa costal derecha en progresión y TC que confirmaba la progresión. Se decidió que saliera del ensayo y fue remitido a Oncología Médica para tratamiento quimioterápico.

El 13 de agosto fue visto en Oncología, para valoración de tratamiento. Se comentó el caso con Cardio-Oncología que indicó que no había contraindicación para iniciar tratamiento quimioterápico. El paciente refirió molestias costales y astenia. Se decidió inicio de tratamiento con quimioterapia según esquema Carboplatino-Paclitaxel, cada 21 días. Recibió el primer ciclo el 16 de agosto.

El 18 de agosto de 2018, acudió a Urgencias por episodio de fiebre termometrada en domicilio de 38,1°C que no había cedido con medicación. Impresionaba de fiebre tumoral por lo que se inició tratamiento corticoideo a dosis bajas y fue dado de alta el 22 de agosto.

El 6 de septiembre de 2018, el familiar de los reclamantes recibió el segundo ciclo. Se encontraba clínicamente mejor, con dolor costal controlado y buen apetito. Daba paseos cortos a diario.

El 11 de septiembre acudió a consulta en Cardiología Oncológica, revisándose la medicación y el 17 de septiembre tuvo revisión en Oncología Fase I. Presentaba pérdida de peso y astenia grado 2. Se solicitó valoración integral en la Unidad de Soporte Hospitalario y pasó la primera consulta el 24 de septiembre, pautándose tratamiento farmacológico.

En la revisión en el Servicio de Oncología el 27 de septiembre de 2018, el familiar de los reclamantes se encontraba clínicamente mal, con más dolor costal, que le impedía salir a la calle o descansar.

En el TC toracoabdominal realizado el 16 de octubre de 2018 se apreciaron signos radiológicos de progresión.

El 22 de octubre el paciente acudió a revisión en el Servicio de Oncología. Se encontraba clínicamente estable, con mejor estado general, salía casi a diario. Se puso el cuarto ciclo de Carboplatino-Paclitaxel. Se decidió continuar con el mismo esquema de quimioterapia, con reevaluación precoz en dos ciclos, y se derivó al paciente al Servicio de Oncología Radioterápica para valoración de radioterapia antiálgica de masa costal. En la consulta de 31 de octubre, en ese servicio, se propuso tratamiento con radioterapia externa y el paciente firmó el documento de consentimiento informado.

En la revisión de la Unidad de Soporte Hospitalario el 5 de noviembre, presentaba mejoría del dolor y había ganado peso y en el control de Oncología de 12 de noviembre se encontraba clínicamente mejor con menos dolor costal y comía con bastante apetito, caminaba poco. Se acordó retrasar una semana el inicio de la radioterapia.

El 15 de noviembre de 2018 acudió a Urgencias por hematuria franca desde la noche anterior y dolor en región lumbar derecha irradiado a región inguinal. Con el juicio clínico de pielonefritis derecha ingresó en Oncología. La evolución del cuadro infeccioso de probable etiología renal se resolvió en pocos días, pero se apreció deterioro del estado funcional del paciente con aumento del dolor. Durante el ingreso, se realizó TC en el que se observó progresión de la enfermedad. El 28 de noviembre se pautó el alta hospitalaria.

El 4 de diciembre de 2018, el familiar de los reclamantes inició tratamiento con radioterapia externa y en la revisión de 12 diciembre, se constató que presentaba escozor en mucosa oral y no toleraba alimentos sólidos.

En la revisión con Oncología Médica de 13 de diciembre, refirió dolor ligeramente mejor controlado y astenia estable. Se explicó al paciente la progresión de la enfermedad y que habría que plantear nueva línea de tratamiento quimioterápico si mejorase el estado general.

El familiar de los reclamantes volvió a Urgencias el 16 de diciembre por disfagia orofaríngea de un día de evolución, con fiebre de 38,1°C. Ingresó a cargo de Oncología. Se inició antibioterapia empírica y el paciente fue visto por Otorrinolaringología que pautó diferentes pruebas. Se suspendió el tratamiento de radioterapia externa.

Durante el ingreso, el paciente fue visto por la Unidad de Soporte Hospitalario que apreció mejor manejo de la disfagia con las medidas instauradas por Otorrinolaringología. El dolor basal impresionaba de buen control, pero había un uso inadecuado de la medicación de rescate. Según la esposa, el paciente utilizaba los rescates de Effentora para quedarse más a gusto y relajado, pero en muchas ocasiones no porque tuviera mucho dolor y a ella le dificultaba el manejo y los cuidados de su esposo en casa. La esposa les reconoció que se

encontraba sobrepasada. Impresionaba de mujer hipercuidadora, muy sobrecargada, con dificultades para asumir la situación de su marido. El paciente había sido informado de forma suficiente, pero se albergaban dudas de si conocía la situación real de enfermedad muy avanzada sin opciones de tratamiento quimioterápico. Se comentó que probablemente se le trasladaría a la Unidad 34 de Cuidados Paliativos. Se consideró que la esposa debía recibir apoyo psicológico por el Equipo de Atención Psicosocial (EAPS).

El 19 de diciembre se mantuvo entrevista con la esposa, con presencia de una cuñada. Se le explicó que el deterioro de su marido era debido sobre todo a la progresión de la enfermedad, pero ella lo cuestionaba y, además, no estaba de acuerdo con que se trasladara a su marido y quedara a cargo de Cuidados Paliativos. Ese día, el paciente comenzó con hematuria y, tras pruebas diagnósticas, se consideró que estaba en relación con la afectación metastásica renal conocida.

El 20 de diciembre se informó sobre el traslado a la Unidad 34 de Cuidados Paliativos y el nuevo plan terapéutico. El paciente se mostraba parco, con escasos deseos de hablar de la situación. Se hizo seguimiento por psicólogo del EAPS a la esposa, que ese día mostraba actitud menos hostil.

En los días posteriores el paciente se mantuvo emocionalmente muy evasivo, sin querer hablar sobre la situación ni la enfermedad, delegando todo en su mujer, que se mostró muy sobrecargada y precisó apoyo del psicólogo del EAPS. Seguía rechazando que se trasladara a su marido a la Unidad 34 de Cuidados Paliativos. Se consideró que el paciente no era candidato a maniobras de resucitación cardiopulmonar, lo que se comunicó a Enfermería.

El paciente presentó empeoramiento rápidamente progresivo. Había continuado encamado, con ingestas orales muy escasas y persistencia de picos febriles intermitentes a pesar de antibioterapia.

El 26 de diciembre de 2018 se explicó a la esposa que dada la situación de delirium terminal era preciso ajustar el tratamiento para optimizar el confort, mostrándose de acuerdo. Se adecuó el tratamiento y los familiares fueron informados de mal pronóstico a corto o muy corto plazo.

El familiar de los reclamantes fue trasladado ese día a la Unidad 34 de Cuidados Paliativos, donde se optimizaron los cuidados y medidas de confort. Estando acompañado en todo momento por sus familiares, a las 18:30 h del 26 de diciembre de 2018 se avisó al médico de guardia por *exitus*.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Consta en el expediente que se comunicó el inicio del procedimiento a los interesados, requiriéndoles además para que concretaran el importe de la indemnización solicitada, y al Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, en cuanto centro concertado con la Comunidad de Madrid.

El 30 de noviembre de 2019, los reclamantes contestaron al requerimiento indicando que la valoración se efectuara conforme a la sección 1ª “*Indemnizaciones por causa de muerte*” del capítulo II del título IV de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación. El escrito se acompañó con

documentación relativa a la declaración de la renta del paciente fallecido, solicitud de pensión de viudedad y gastos de enterramiento (folios 128 a 151).

Asimismo, se han incorporado al procedimiento la historia clínica del familiar de los reclamantes del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz y los informes de la Unidad de Cuidados Paliativos y del Servicio de Oncología del centro hospitalario (folios 180 a 3.920 del expediente).

En el informe de la Unidad de Cuidados Paliativos se expone que el 18 de diciembre de 2018 se realizó la primera valoración del paciente, ingresado a cargo del Servicio de Oncología desde el 16 de diciembre, a petición de dicho servicio ante la situación de enfermedad oncológica en situación muy avanzada y mal pronóstico. Señala que, tras dicha valoración, ajustó el tratamiento sintomático y comentó el caso con Oncología para coordinar la asistencia y con la psicóloga de la unidad para dar apoyo específico a la esposa. Refiere que el 19 de diciembre, dado que Oncología había desestimado continuar tratamiento antitumoral específico ante el deterioro clínico del paciente y mal pronóstico, y que se iba a continuar con tratamiento prioritariamente sintomático paliativo, se planteó el traslado del paciente a la Unidad 34 donde estaba ubicada la unidad de soporte y donde el paciente podía continuar siendo atendido de manera más específica. La esposa se mostró en desacuerdo y dijo que solicitaría una segunda opinión, a lo que tenía derecho y les pareció bien.

El informe añade que el 20 de diciembre se decidió finalmente que el paciente pasara a cargo de Cuidados Paliativos, siendo informados tanto el paciente como su esposa y al día siguiente la psicóloga realizó abordaje y valoración más específica de la esposa del paciente. Destaca que el paciente continuaba pendiente de ser trasladado a la Unidad 34

y dado que su esposa seguía mostrando rechazo se explicó que no se forzaría el traslado pero que la unidad en la que se encontraba había sido abierta de forma temporal y de modo que, cuando se cerrara, se realizaría el traslado de forma ineludible, lo que aconteció el 26 de diciembre. Señala que la esposa se mostró en desacuerdo, y a su solicitud, se entrevistó personalmente con el subdirector médico del hospital.

El informe refiere que se organizó el traslado junto con la supervisora de Enfermería para realizarlo de la forma más adecuada posible, y ante la situación emocional de la esposa, se sugirió la atención por parte del Servicio de Psicología Clínica/Psiquiatría del centro hospitalario y se solicitó interconsulta, que fue rechazada por la reclamante. Subraya que se mantuvo comunicación con otros familiares del paciente (una hermana y un sobrino del paciente) que mostraron agradecimiento por la atención recibida. Por último, destaca que el paciente falleció durante la tarde del 26 de diciembre 2018 con adecuado control sintomático y acompañado por los familiares que estaban presentes en ese momento.

Por su parte, el informe del Servicio de Oncología se limita a reflejar la asistencia dispensada por dicho servicio al familiar de los interesados, según los datos que constan en la historia clínica.

Posteriormente emitió informe la Inspección Sanitaria que, tras analizar la historia clínica del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz y los informes médicos emitidos en el curso del procedimiento, así como realizar las consideraciones médicas oportunas concluyó que *“no se encuentra nada que objetar a la atención recibida por el paciente en los meses que transcurrieron desde el diagnóstico hasta su fallecimiento. Ni puede decirse que le faltara información a él ni a su esposa sobre el estado en que se encontraba, ni sobre los tratamientos que se le iban*

*recomendando y que el paciente aceptaba, dando para todos ellos su consentimiento”.*

Tras la incorporación al procedimiento de los informes evacuados y de la historia clínica, se confirió el oportuno trámite de audiencia a los reclamantes.

El día 23 de mayo de 2021 los reclamantes formularon alegaciones en las que reprochan que no se haya analizado la asistencia en el Servicio de Atención Primaria y la falta de consideración de los antecedentes personales del paciente fallecido para un diagnóstico precoz. Critican el informe de la Inspección Sanitaria y subrayan una larga serie de cuestiones que considera han quedado sin contestar de lo alegado en su escrito de reclamación. El escrito de alegaciones se acompaña con diversa documentación correspondiente a la asistencia en Atención Primaria del paciente fallecido.

Finalmente, el 4 de junio de 2021, se formula propuesta de resolución en la que se acordó desestimar la reclamación formulada al considerar que la asistencia sanitaria prestada por el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz fue correcta y ajustada a la *lex artis*.

Remitido el expediente a esta Comisión Jurídica Asesora, el Pleno de este órgano consultivo aprobó el dictamen 378/21, de 3 de agosto, en el que se observó que el procedimiento se había tramitado centrado exclusivamente en los reproches que los interesados dirigían contra el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, pero obviando el reproche relativo al retraso de diagnóstico que se imputa a la asistencia de Atención Primaria y a la falta de atención a los antecedentes oncológicos familiares del paciente fallecido por el médico del centro de salud, de manera que no se había incorporado al expediente la historia

clínica de Atención Primaria, que fue solicitada por los interesados como prueba en su escrito de reclamación ni tampoco se había recabado el informe del médico de Atención Primaria, al que se reprochaba el retraso de diagnóstico de la enfermedad oncológica del familiar de los reclamantes.

Además, se indicó que el Servicio de Oncología había realizado un informe en el que se limitaba a transcribir los datos que figuraban en la historia clínica del paciente fallecido, pero sin dar respuesta a los interrogantes que plantearon los interesados.

Por lo expuesto, se concluyó que procedía la retroacción del procedimiento para que se completase en los términos anteriormente expuestos con inclusión de la historia clínica del centro de salud y el informe del médico de Atención Primaria y se diera contestación a los reproches de los reclamantes por parte del Servicio de Oncología del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz.

**CUARTO.-** Tras el dictamen 378/21 de esta Comisión Jurídica Asesora se han sustanciado los siguientes trámites:

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del paciente fallecido y el informe emitido por el médico de Atención Primaria del Centro de Salud Las Cortes (folios 3.943 a 3.954 del expediente). En el citado informe se hace un relato de los hechos según los datos de la historia clínica y, finalmente, a modo de valoración se indica que *“es práctica habitual en la historia clínica que cuando se pregunta por antecedentes familiares se pregunta por padres y hermanos. Si no constan más antecedentes es probablemente porque el paciente no lo refiriera”* y añade que *“la relación con el paciente antes del diagnóstico siempre fue cordial, así como la relación con el paciente y su esposa durante el curso de la enfermedad”*.

El 6 de octubre de 2021 se emitió un nuevo informe por el Servicio de Oncología del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz. En el referido informe se da contestación a los reproches efectuados por los interesados de la siguiente manera:

En lo referido al retraso diagnóstico en el centro de salud desde octubre a enero, el informe indica que al no referirse a una incidencia en el centro hospitalario solo puede señalar que la función de Atención Primaria suele ir dirigida de patologías más frecuentes a menos y que es normal tratar de iniciar primero un control sintomático y si persiste la clínica indagar en la sintomatología. Añade que desgraciadamente no tiene influencia en la supervivencia un diagnóstico dos meses previos ya que la clínica que referían en octubre de 2017 (la clínica inicial) ya era causada por la metástasis y era considerado una enfermedad avanzada o estadio IV al diagnóstico, con una supervivencia media de 12 meses.

En relación a la alegación de los familiares que un diagnóstico realizado tres meses antes habría permitido un abordaje distinto, incluido preventivo y más teniendo en cuenta que trabajaba con productos de cierta toxicidad como pintor de automoción, el informe destaca que en pacientes menores de 50 años la única prevención es la primaria que se basa en dejar de fumar, lo que sería aún más recomendable con los antecedentes familiares del paciente que desgraciadamente continuaba fumando al diagnóstico, siendo esta la causa más probable oncogénica, ya que las toxinas de pintura no han demostrado un potencial oncogénico, y más asumiendo que se han cumplimentado las medidas de protección recomendadas, lo que se desconoce.

Respecto al reproche de que la médico que planteó un ensayo clínico Fase III el 1 de abril de 2018 debía conocer los criterios de participación, el informe indica que el paciente fue hospitalizado entre

el 1 y el 10 de abril, se realizaron analíticas y pruebas oportunas y fue derivado a consulta donde el especialista en cáncer de pulmón le valoró por primera vez el 13 de abril e indicó ya ese primer día, como único investigador del estudio, que era un criterio de exclusión, por tanto no supuso ningún cambio terapéutico en el paciente.

En cuanto que el paciente fue derivado a un ensayo Fase 1 sin que su médico oncólogo valorase la pertinencia, el informe explica que la derivación fue consensuada por su médico oncólogo y la oncóloga de hospitalización, siendo esta última quien tras la salida del ensayo asumió el manejo del paciente.

El informe indica que en la consulta de Fase 1 se entregan copias de todos los consentimientos informados escritos del paciente y así se registra en la firma del ensayo. Señala que en el TC realizado el 12 de junio de 2018 se apreciaron signos radiológicos de progresión de la enfermedad y en la revisión del 15 de junio de 2018 el dolor había mejorado claramente por lo que, dado que parecía haber un beneficio clínico y por otro lado que no es valorable la respuesta tras solo dos ciclos de tratamiento se plantea seguir tratamiento y reevaluación precoz en beneficio del paciente, por lo que consintió continuar tratamiento, comenzando el 18 de junio el tercer ciclo.

Respecto a la alegación de que la medicación con Effentora fue la causa de la aparición de la "patología renal" que motivó el ingreso del 15 al 28 de noviembre el informe explica que se trata de una medicación ampliamente utilizada para el dolor irruptivo oncológico en paciente con mal control del dolor a pesar de medicación opioide basal y que no fue prescrita erróneamente y además no existe en la bibliografía médica ningún dato de correlación con la pielonefritis que sufrió el paciente y que motivó et ingreso.

En lo referente a que se trasladara al paciente a la Unidad de Cuidados Paliativos en contra de su voluntad y que se produjo la omisión del deber de cuidado de la reclamante, como familiar y cuidadora, por vulneración del art.17.4 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir, se remite a su informe anterior en el que dice estar descritos muy específicamente todos los pasos seguidos con el paciente para su beneficio y confort.

Tras la emisión de los anteriores informes se dio traslado a la Inspección Sanitaria que, después de señalar que la inspectora que emitió el informe anterior ya no forma parte de la plantilla de la Subdirección General de Inspección Médica y Evaluación, da contestación a las alegaciones formuladas por los interesados y concluye que la asistencia sanitaria dispensada al familiar de los reclamantes “*fue adecuada y de acuerdo a la lex artis*”.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a los reclamantes y al Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz.

El día 28 de febrero de 2022 formularon alegaciones los reclamantes reiterando las formuladas en los escritos anteriores y oponiéndose a lo señalado en los informes emitidos en el curso del procedimiento.

También formuló alegaciones el centro hospitalario en el sentido de considerar que la asistencia sanitaria fue conforme a la *lex artis*, lo que considera corroborado por los informes médicos que obran en el expediente.

Finalmente, se formuló una nueva propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada al considerarse no acreditada la mala praxis denunciada.

**QUINTO.-** El día 17 de marzo de 2022 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada con el nº 157/22, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 4 de mayo de 2022.

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 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 LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre,

de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, al sufrir el daño moral causado por el fallecimiento de su familiar. El hijo, menor de edad, actúa representado por su madre, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil que atribuye a los padres la representación legal de los hijos menores no emancipados. Se ha acreditado debidamente en el procedimiento la relación de parentesco que ligaba a los reclamantes con el paciente fallecido mediante copia del libro de familia.

Ahora bien, se observa que la reclamación alude, si bien de forma muy genérica, a una falta de información que, en cuanto puede venir referida a un daño padecido por el paciente fallecido, carecen de legitimación para reclamar. En este punto conviene recordar que esta Comisión ya ha indicado, entre otros, en los dictámenes 166/16, de 9 de junio, 141/18, de 22 de marzo y 485/20, de 27 de octubre, siguiendo la doctrina sentada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 61/13, de 27 de febrero, 96/14, de 5 de marzo, 178/14 y 38/15, por ejemplo) que el perjuicio derivado de una posible irregularidad en este ámbito constituye un daño moral. Así hemos recordado que el Tribunal Constitucional lo califica de esta manera cuando señala que en estos 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*” (STC 37/2011, de 28 de marzo). Como tal daño moral, tiene carácter personalísimo y, por tanto,

es intransmisible a los herederos, de tal forma que solo el paciente puede reclamar por la vulneración de su autonomía.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por el Centro de Salud Las Cortes, de Madrid, centro de Atención Primaria de su red asistencial y por el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, integrado en la red sanitaria pública madrileña por convenio singular, prestándose la asistencia al amparo del mismo. A este respecto esta Comisión viene reconociendo en numerosos dictámenes (104/21, de 23 de febrero, 323/20 de 28 de julio, 222/17 de 1 de junio, 72/18 de 15 de febrero y 219/18 de 17 de mayo), la legitimación de la Comunidad de Madrid en los supuestos en los que la asistencia sanitaria se presta en centros concertados, siguiendo el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la de 14 de marzo de 2013 (rec. 1018/2010). En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2019 (rec. 68/2019) que, tras destacar que la LPAC no recoge una previsión similar a la disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, considera que, en los casos en los que la asistencia sanitaria a usuarios del Sistema Nacional de Salud es prestada por entidades concertadas con la Administración (como era el caso), se trata de sujetos privados con funciones administrativas integrados en los servicios públicos sanitarios, por lo que no es posible que se les demande ante la jurisdicción civil ya que actúan en funciones de servicio público.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la

indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el presente caso, en el que se reclama por el fallecimiento del esposo y padre de los reclamantes, lo que aconteció el 26 de diciembre de 2018, dicha fecha constituye el *dies a quo*, por lo que cabe reputar formulada en plazo la reclamación presentada el 2 de noviembre de 2019.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por la Unidad de Cuidados Paliativos y por el Servicio de Oncología del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz. También se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del paciente fallecido del referido centro hospitalario y se ha emitido informe por la Inspección Sanitaria con el resultado expuesto en los antecedentes de este dictamen. Tras el dictamen 378/21, de 3 de agosto, de esta Comisión Jurídica Asesora, se ha incorporado al procedimiento el informe del médico de Atención Primaria, así como la historia clínica del paciente fallecido del Centro de Salud Las Cortes. Asimismo, se ha emitido un informe ampliatorio del Servicio de Oncología del centro hospitalario y de la Inspección Sanitaria, tras lo cual se confirió trámite de audiencia a los interesados que formularon alegaciones en los términos anteriormente expuestos. Finalmente se ha formulado propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada.

De lo expuesto cabe concluir que el procedimiento ha sido adecuadamente tramitado sin que haya omitido ningún trámite que resulte esencial o imprescindible para resolver.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española y 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.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (núm. rec. 5006/2016), requiere la concurrencia de varios requisitos:

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”.*

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 15 de marzo de 2018, RC 1016/2016) 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 este caso, ya hemos adelantado la existencia del daño moral de los reclamantes por el solo hecho del 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-, entre otras) 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.

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.

Como hemos visto en los antecedentes, los interesados alegan un retraso en el diagnóstico y, consecuentemente, en el tratamiento del cáncer de pulmón que afectaba a su familiar, pues entienden que para dicho diagnóstico no se tuvieron en cuenta, por el médico de Atención Primaria, los antecedentes oncológicos de los familiares del paciente. Sostienen que teniendo en cuenta dichos antecedentes, se podría haber diagnosticado la enfermedad cuatro meses antes, desde los primeros síntomas, y haber abordado la patología además desde el punto de vista de la prevención. De igual modo, los reclamantes realizan diversos reproches al tratamiento experimental que recibió su familiar, así como a la asistencia dispensada en el centro hospitalario tanto en la administración de ciertos medicamentos como en la atención dispensada tanto al enfermo como a su esposa.

En este caso, de acuerdo con las alegaciones efectuadas por los reclamantes, lo relevante a la hora de enjuiciar la responsabilidad

patrimonial es si se produjo la omisión de medios denunciada, pues como hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, en la medicina curativa nos encontramos ante obligaciones de medios y no de resultado, de tal forma que se cumple la *lex artis* cuando se utilizan todos los medios (de diagnóstico, de tratamiento, etc.) de los que se dispone. También hemos dicho con frecuencia que 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 el paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología. En este sentido, con cita de la jurisprudencia, hemos recordado que lo que procede es un empleo de medios ordinarios y diligencia para cerciorarse de los diagnósticos que se sospechen, sin que se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior de los acontecimientos.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar los reproches de los interesados, partiendo de lo que constituye la regla general y es 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, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017).

En este caso, las alegaciones de los reclamantes no encuentran respaldo en prueba alguna que acredite la existencia de mala praxis por los servicios sanitarios implicados en el proceso asistencial de su familiar, por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente, contrastados con la historia clínica examinada ponen de manifiesto que la asistencia sanitaria dispensada fue conforme a la *lex artis*. En este sentido, resulta relevante lo informado por la Inspección Sanitaria, ya que como hemos señalado reiteradamente, actúa con imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de

manifiesto el Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 11 de mayo de 2021 (recurso 6479/2020) y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así su Sentencia de 23 de diciembre de 2021(recurso 980/2020). En este caso, la Inspección Sanitaria concluye en los dos informes emitidos en el curso del procedimiento, por dos inspectores médicos distintos, que no existe evidencia de que la atención prestada haya sido inadecuada.

Así, abordando en primer lugar la cuestión relativa al retraso de diagnóstico de la enfermedad oncológica del familiar de los reclamantes por parte del médico de Atención Primaria, ya hemos indicado que los interesados entienden que no se tuvieron en cuenta los antecedentes familiares oncológicos aunque el paciente informó en su momento del fallecimiento de una hermana por cáncer de pulmón; el diagnóstico y tratamiento de otro hermano por la misma enfermedad y el fallecimiento de la madre por varios tumores cancerígenos. Ahora bien, en la historia clínica de Atención Primaria examinada no hay constancia de que el paciente refiriera la indicada información, ni tampoco de que el médico de Atención Primaria interrogara al paciente sobre esas circunstancias. Ahora bien, respecto a esto último, ya hemos puesto de manifiesto en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, así el dictamen 397/20, de 22 de septiembre, que la anamnesis y, en concreto, el apartado relativo a antecedentes familiares debe relacionarse con el motivo de consulta, sin que resulte preciso realizar una enumeración exhaustiva de todos y cada uno de los antecedentes familiares de un paciente sobre cuestiones que, en principio, no están relacionadas con la patología del paciente que motiva la asistencia sanitaria. En este caso, tal y como explica la Inspección Sanitaria, el paciente no presentaba clínica de tos, disnea o hemoptisis que hicieran sospechar de una patología pulmonar, de ahí que parezca razonable que no se interrogara sobre antecedentes oncológicos, a diferencia de la asistencia en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz en la

que ya figuran esos antecedentes pues en ese momento existía una prueba diagnóstica que evidenciaba una lesión nodular.

En este caso, la actuación del médico de Atención Primaria fue desarrollándose en función de los síntomas que presentaba el familiar de los reclamantes. En este sentido, el informe ampliatorio emitido por la Inspección Sanitaria explica que *“en medicina, para llegar a un diagnóstico se inicia por lo más frecuente en función de la sintomatología que presenta el paciente (en este caso dolor costal), que se catalogó como condritis que al no ceder con el tratamiento se siguió estudiando hasta llegar al diagnóstico”*. En efecto, en este caso, los síntomas inicialmente manifestados por el familiar de los reclamantes, en principio, orientaba a un enfermedad de tipo traumatológico, si bien ante la persistencia de los síntomas y, fundamentalmente, al aparecer por primera vez en la exploración de 15 de enero de 2018 una tumoración dura en el reborde costal derecho, motivó que se pidieran de manera preferente las pruebas diagnósticas oportunas (Rx y TAC) que orientaron el diagnóstico hacia una patología oncológica. En el informe de la Inspección Sanitaria se pone de manifiesto la dificultad del diagnóstico de cáncer de pulmón, con síntomas muy inespecíficos e imprecisos, y que desgraciadamente, en 2/3 de los pacientes se diagnostica cuando ya se encuentra en fase de metástasis, como ocurrió en este caso, pues cuando el paciente acudió por primera vez a Atención Primaria, fue por los síntomas de una metástasis, situación en que las posibilidades de supervivencia al año son escasas.

Por otro lado, los informes médicos inciden en que el conocimiento de los antecedentes familiares no hubiera incidido en el abordaje de la patología desde el punto de vista de la prevención, pues a diferencia de otras patologías oncológicas, como el cáncer de mama o de colón, no hay recomendaciones específicas de diagnóstico precoz o seguimiento por casos en la familia, ni tampoco lo sería el que el paciente fuera

pintor de automoción, ya que no existe demostración de que las toxinas de pintura tengan un potencial oncogénico. Según los informes médicos, la única prevención para toda la población, y no solo para los pacientes con antecedentes familiares, es dejar de fumar, pues, según explica la Inspección Sanitaria, el tabaco es la causa principal de la mayoría de los cánceres de pulmón (80%) y los estudios de secuenciación masiva estiman que fumar un paquete de cigarrillos al día durante un año puede hacer que se acumulen hasta 150 mutaciones en las células pulmonares normales, y en este caso, desgraciadamente el paciente continuaba fumando al diagnóstico, siendo esta la causa más probable oncogénica, según ha informado en el procedimiento el Servicio de Oncología del centro hospitalario.

Como conclusión al reproche del retraso de diagnóstico reprochado, y en virtud de lo expresado en líneas anteriores y siguiendo el criterio relevante de la Inspección Sanitaria cabe destacar que *“no se encuentra objeción a las actuaciones médicas descritas hasta aquí, no hubo demora en la atención ni en el diagnóstico, al que se llegó tras la realización de las pruebas indicadas en el caso de cáncer de pulmón, y en el orden recomendado”*, según las propias palabras del inspector médico.

Por lo que se refiere al tratamiento pautado tras el diagnóstico, los reclamantes denuncian que se incluyera al reclamante en un ensayo Fase I en lugar de aplicar la quimioterapia adyuvante y la radioterapia recomendada por el cirujano, y que durante dicho ensayo no hubo un seguimiento estrecho de la salud de su familiar, así como que se priorizó dicho ensayo, pese a sus malos resultados, en lugar de tratar de aplicar otro tratamiento médico más efectivo. También como hemos dicho se denuncia un incumplimiento de los deberes de información y documentación clínica respecto a lo que ya hemos indicado la falta de

legitimación activa de los interesados al tratarse de un daño personalísimo.

El Servicio de Oncología ha explicado en el procedimiento que en principio se planteó un ensayo clínico en Fase III, para ello el paciente fue hospitalizado entre el 1 y el 10 de abril, en una planta de hospitalización, se realizaron las analíticas recomendadas y pruebas complementarias y se derivó a consulta donde el especialista en cáncer de pulmón le valoró por primera vez el 13 de abril e indicó ya ese primer día, como único investigador del estudio, que el paciente presentaba un criterio de exclusión. Precisamente la derivación a un ensayo clínico se realiza para confirmar por parte del investigador principal, si el paciente reúne los requisitos necesarios para formar parte del mismo. En este caso, al existir un criterio de exclusión, se derivó al paciente a una Fase I, que en contra de lo reprochado por los reclamantes fue consensuado por su médico oncólogo junto con la oncóloga de hospitalización. Además, consta en la historia clínica que el paciente fue adecuadamente informado y consintió el sometimiento a dicho ensayo de Fase I y así lo subraya la Inspección Sanitaria en su informe.

Según resulta de la historia clínica, durante el desarrollo del ensayo, se realizó un TC el 12 de junio de 2018 y se apreciaron signos radiológicos de progresión de la enfermedad. En la revisión del 15 de junio de 2018 en el marco del ensayo clínico Fase I, el dolor había mejorado claramente por lo que, dado que parecía que había un mejor control del dolor con beneficio claro, y que no es valorable la respuesta tras solo dos ciclos de tratamiento se planteó seguir tratamiento y reevaluación precoz en beneficio del paciente, por lo que el paciente consintió continuar tratamiento, comenzando el 18 de junio el tercer ciclo.

Para la Inspección Sanitaria, a cuyas conclusiones debemos atender, a falta de otra prueba aportado por los interesados, el tratamiento seguido con el familiar de los reclamantes fue el correcto. Así, constata que el tratamiento quirúrgico es el indicado en carcinoma escamoso, y así se decidió, tras valorar que se podía proceder a la vez a la lobectomía y a la resección del 8° arco costal. Lamentablemente, según sus propias palabras, los hallazgos anatomopatológicos arrojaron un diagnóstico muy desfavorable. Respecto al tratamiento médico instaurado al paciente tras la cirugía, subraya que fue el adecuado, comenzando en 1ª línea con inmunoterapia, en atención al hallazgo de una expresión de PD-L1 en 90% de las células tumorales, y continuando en 2ª línea con quimioterapia, a la vista de la progresión de la enfermedad tras los 4 ciclos de inmunoterapia. Además, como hemos indicado anteriormente, destaca que el paciente estuvo informado oportunamente, tanto de su diagnóstico inicial como de la evolución que estaba teniendo, llegando incluso a aceptar ponerse el 3° y 4° ciclo de inmunoterapia, a pesar de los hallazgos en TC de la progresión del tumor tras el 2° ciclo, dado que se encontraba en buen estado clínico y funcional.

Por otro lado, frente al abandono asistencial denunciado por los reclamantes, la historia clínica revela, y así lo subraya la Inspección Sanitaria, que, a lo largo de su enfermedad, el paciente no dejó de recibir la atención clínica que precisaba por parte de diferentes especialistas, siempre bajo el amparo del Servicio de Oncología Médica. Desgraciadamente, a pesar de que no se escatimaron los esfuerzos por parte de los servicios sanitarios, el cáncer de pulmón ya se encontraba en alto grado avanzado cuando se diagnosticó, y la progresión del tumor apareció de forma temprana y rápidamente progresiva, con un desenlace fatal en muy poco tiempo, según destaca la Inspección Sanitaria.

Asimismo, los informes médicos que obran en el expediente desmienten las afirmaciones de los interesados relativas a los efectos adversos de la inmunoterapia. Así, por lo que se refiere al evento cardíaco que motivó el ingreso hospitalario del paciente del 29 de julio al 7 de agosto de 2018, la Inspección Sanitaria es clara al destacar que “*se consideró como incidental y no relacionado con la inmunoterapia*”. En cuanto a la administración del medicamento Effentora 200, que los interesados relacionan con la aparición de una patología renal que motivó un nuevo ingreso del paciente, el Servicio de Oncología da una cumplida explicación cuando destaca que es una medicación ampliamente utilizada para el dolor irruptivo oncológico en paciente con mal control del dolor a pesar de medicación opioide basal. Subraya que no fue prescrita erróneamente y no existe en la bibliografía médica relación con la pielonefritis que sufrió el paciente y que motivó el ingreso. Añade que la eliminación del fármaco es hepática, no renal, y no hay casos descritos de que favorezca la aparición de complicaciones infecciosas ni tiene un racional biológico.

Por último, en cuanto a la asistencia en los últimos momentos de vida del paciente, en los que se reprocha el traslado a la Unidad de Cuidados Paliativos, en el informe emitido por la Unidad de Soporte Hospitalario/Cuidados Paliativos se explica de una manera detallada las medidas que se fueron adoptando en beneficio y para el confort del paciente, que ya en ese momento, 16 de diciembre de 2018, se encontraba en una situación muy avanzada y mal pronóstico. Respecto al traslado a la Unidad de Cuidados Paliativos, se explica que se trató de respetar en todo momento la voluntad del paciente no forzando el traslado a pesar de que la unidad en la que se encontraba hospitalizado tenía previsto su cierre. Dicho traslado no se efectuó hasta el mismo día del fallecimiento y se realizó de manera coordinada con la supervisora de Enfermería para llevarlo a cabo de la mejor manera posible y acompañando al paciente y a su esposa durante el traslado. También se

constata en la historia clínica que, durante ese tiempo, la esposa, que se mostraba hipercuidadora y sobrecargada por la enfermedad de su marido, recibió atención psicológica y fue puntualmente informada sobre la progresión desfavorable de la enfermedad y que aquella consintió ajustar el tratamiento para optimizar el confort del enfermo, que falleció acompañado de sus familiares. Se constata por tanto que se prestó a la esposa del paciente fallecido el apoyo y asistencia precisa por parte del centro hospitalario, lo que desmiente su afirmación de que se quebrantaron las prescripciones relativas al acompañamiento de los pacientes establecidos en el artículo 17 de la Ley 40/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir.

En definitiva, hemos de coincidir con la conclusión de los informes médicos que obran en el expediente, a falta de otra prueba aportada por los interesados que desvirtúe dicha conclusión y, por tanto, hay que rechazar las críticas de los reclamantes y considerar que no se ha acreditado que la asistencia sanitaria prestada al familiar de los interesados no fuera adecuada o ajustada a la *lex artis*.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada al no haberse acreditado la mala praxis denunciada por los interesados.

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 4 de mayo de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 247/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid