

Dictamen n.º: **388/23**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **20.07.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de julio de 2023, 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., por los daños y perjuicios sufridos que atribuye al fallecimiento de su hija,, por el retraso de diagnóstico de un linfoma no Hodking de alto grado estadio III de células grandes tipo B, en el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 29 de noviembre de 2021, la persona mencionada en el encabezamiento presentó un escrito en una oficina de Correos en el que relataba que su hija, que contaba en ese momento con 15 años de edad, llevaba un largo periodo de tiempo con sintomatología consistente en dificultad respiratoria (sobre todo en esfuerzo), con tos repetitiva y frecuente que no cesaba con la medicación prescrita por su centro de salud (ni broncodilatadores), taquicardias y sudoración nocturna. Refería que esa sintomatología comenzó a finales de octubre de 2018, persistiendo durante el mes de noviembre, fechas en las que acudió al Centro de Salud La Marazuela, de Las Rozas.

La reclamante continuaba señalando que, debido a un empeoramiento de los síntomas, la menor fue asistida en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, la primera vez, el 9 de diciembre de 2018, con la intención de la reclamante (que es fisioterapeuta y tienen nociones en materia sanitaria), que le realizaran pruebas diagnósticas, en concreto una placa de tórax, sin embargo, pese a los referidos síntomas, no se efectuó a la menor prueba diagnóstica alguna, y con el diagnóstico de "*tos en posible relación con broncoespasmo*", recibido el alta con tratamiento broncodilatador, Ventolín y aerosoles.

Según el escrito de reclamación, la niña no experimentó ninguna mejoría, sino que al contrario cada vez era más evidente la dificultad respiratoria y la ineficacia del tratamiento. Por ello, el 23 de diciembre de 2018 volvieron a acudir al Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, explicitando la reclamante la persistencia de los síntomas y el agravamiento de los mismos. Sin embargo, no se realizó prueba diagnóstica alguna, y con el juicio clínico de "tos", recibió nuevamente el alta, con la recomendación de que en un mes y medio pidiera cita en Neumología en consulta externa.

La reclamante continuaba relatando que la noche del 23 al 24 de diciembre fue terrible, pues la menor no pudo conciliar el sueño en un solo instante, siempre en posición de sedestación por las dificultades respiratorias que presentaba.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, la interesada exponía que, ante ese cuadro clínico, y no solo ya por la persistencia de la sintomatología sino por su palmario y evidente agravamiento, con fecha 24 de diciembre de 2018 acudieron al Hospital Universitario Fundación Alcorcón, centro en el que la reclamante había prestado servicios laborales, explicando a antiguos compañeros la gravedad de la situación y síntomas que presentaba su hija y solicitando que se le

realizara radiografía de tórax. Ante la gravedad de los síntomas, los facultativos directamente, y sin pasar por triaje, y entrando en Radiología lógicamente alarmados ante el cuadro clínico que presentaba la niña, procedieron a la realización de pruebas diagnósticas. Según refería, en la placa de tórax realizada se evidenció una masa mediastínica de grandes proporciones, por lo que se pautó un TAC torácico-pélvico-abdominal con contraste, y analítica. Los resultados de dichas pruebas motivaron el traslado inmediato de la niña al Hospital Infantil Universitario Niño Jesús.

La reclamante exponía que en dicho centro hospitalario se realizó una ecografía abdominal, localizando extensión del tumor en ovarios y adenopatías cervicales, trasladando a la menor con urgencia a la UCI, manteniéndola en posición de sedestación con soporte vital, oxígeno de alto flujo, monitorizada, con tratamiento de corticoides en altas dosis, e iniciando un preciclo de quimioterapia. Refería que se informó a la reclamante de que su hija se encontraba en inminente riesgo de un colapso respiratorio. Añadía que, cuando los corticoides hicieron efecto, se realizó una biopsia con anestesia, diagnosticándose un linfoma B no Hodking de alto grado estadio III de células grandes tipo B. La menor permaneció en la UCI (siempre en posición de sedestación) hasta el día 29 de diciembre que fue trasladada a planta.

La reclamante continuaba relatando que, a partir del referido diagnóstico, la menor inició el tratamiento de la referida patología, incluyendo varios ensayos clínicos, pero por desgracia, a pesar de estos tratamientos y de los esfuerzos de todos los facultativos que atendieron a la menor, falleció el día 7 de diciembre de 2020.

En virtud de lo expuesto, la reclamante consideraba que resultaba evidente que de haberse realizado las referidas pruebas diagnósticas en el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda se habría evitado el ingreso de la menor en la UCI y el

sufrimiento que padeció y el de sus progenitores, existiendo un claro error de diagnóstico, siendo evidente que la detección temprana de enfermedades desempeña un papel crucial en la estrategia de tratamiento y prevención de complicaciones.

El escrito de reclamación acababa solicitando una indemnización de 60.000 euros por los daños morales sufridos por la niña y sus progenitores y se acompañaba con copia del libro de familia de la interesada; documentación médica y certificado de defunción de la hija de la reclamante (folios 1 a 58 del expediente).

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

La hija de la reclamante, nacida en el año 2003, el 19 de noviembre de 2018, acudió al Centro de Salud La Marazuela, refiriendo que desde hacía 2 semanas padecía tos que se había reagudizado en los últimos días, acompañada de odinofagia y dolor torácico de características pleuríticas. Había tomado Fluidasa y Bisolbon. En la exploración física mostraba buena ventilación bilateral, sin signos de trabajo respiratorio. Dolor a la palpación en región de 1º - 2º arco costal izquierdo. Orofaringe ligeramente hiperémica, sin placas ni exudados. Otoscopia bilateral normal. Sin adenopatías locorregionales y abdomen sin hallazgos. Dolor a la palpación en región paravertebral cervical izquierda, sin apofisalgia cervical. Se pautó Flutox, calor local en región cervical y estiramiento cervical.

Consta que acudió de nuevo la tarde de ese mismo día, con la misma clínica y febrícula. Faringe muy seca. En la auscultación pulmonar no mostraba ruidos añadidos.

La menor fue vista el 7 de diciembre de 2018 en el centro de salud por persistencia de tos productiva. Los últimos días no había

podido dormir porque se ahogaba. Refería disnea de pequeños esfuerzos. En la exploración física: “TA 120/80, FC 120 lpm, FR 14 rpm, SatO2 98% basal y Tª 37.1°C”. Tórax: auscultación cardiaca: rítmico y sin soplos ni extratonos. Auscultación pulmonar: runcus diseminados con algún sibilante aislado. El juicio clínico fue de hiperreactividad bronquial. Se pautó amoxicilina-clavulánico y control en 72 horas.

La hija de la reclamante acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda el día 9 de diciembre de 2018. Se anotó que se trataba de una adolescente de 15 años que acudía por tos productiva de un mes de evolución. La tos había empeorado en la última semana con predominio nocturno con dolor torácico punzante. Se hizo constar el tratamiento que estaba recibiendo con amoxicilina-clavulánico.

En la exploración física mostraba buen estado general, bien nutrida y perfundida. Normocoloreada sin exantemas ni petequias. Orofaringe con amígdalas no hiperémicas ni hipertróficas. Otoscopia bilateral normal. Signos de trago negativo. Sin signos de dificultad respiratoria, con la respiración forzada se desencadena tos espástica y sibilancias espiratorias. Eupneica. Buena ventilación bilateral sin ruidos sobreañadidos. Abdomen blando y depresible, sin masas ni megalias, que no impresionaba de dolor a la palpación. Sin signos de irritación peritoneal. Se realizó ecocardiograma y la niña permaneció 3,5 horas en observación donde presentó pico febril de 38,5°C, tras antitérmico se quedó afebril. Se administró Salbutamol con cámara con mejoría de la tos y menor sensación de falta de aire.

Se emitió el juicio clínico de tos en posible relación con broncoespasmo.

Se pautó el alta con tratamiento de Salbutamol y se recomendó vigilar signos de dificultad respiratoria o empeoramiento del estado general, valorar derivación a Neumología pediátrica una vez pasado el episodio agudo, observación en domicilio, volver en caso de empeoramiento o nueva sintomatología y control por su pediatra.

La menor fue llevada de nuevo al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda en la tarde del 23 de diciembre de 2018. Se anotó que se trataba de una adolescente de 15 años que acudía a Urgencias por presentar tos desde hacía mes y medio. Había asociado algún pico de fiebre o febrícula y había tenido en ocasiones aumento de dificultad respiratoria. Refería que tenía estrés emocional. Había recibido tratamiento con antibiótico, con beclometasona/formoterol y Salbutamol sin clara mejoría.

En la exploración física de la paciente se reseñó: peso: “56.0 Kg ; Ta: 37.4 °C; F.C.: 150 lpm ; T. A.: / mm Hg; Sat. O2: 99 %”. Buen estado general. Bien nutrida, hidratada y perfundida. Sin petequias. Orofaringe y otoscopia normal. Auscultación cardiaca, rítmica sin soplos. Auscultación pulmonar: buena ventilación bilateral, sin ruidos sobreañadidos. Sin trabajo respiratorio. Abdomen blando y depresible, no doloroso a la palpación, sin masas ni megalias. Neurológico normal. Sin rigidez de nuca ni signos meníngeos.

En el juicio clínico se reseñó “tos” y se pautó el alta a domicilio con la recomendación de pedir cita con Neumología por su médico de Atención Primaria. En caso de fiebre tratamiento con ibuprofeno 400 mg. Mantener tratamiento según pauta y vigilar signos de dificultad respiratoria o empeoramiento del estado general, observación en domicilio, volver si había empeoramiento o nueva sintomatología y control por su pediatra.

El día siguiente, 24 de diciembre de 2018, la niña fue llevada por su familia al Hospital Universitario Fundación Alcorcón. Se anotó que

se trataba de una adolescente de 15 años de edad que desde hacía 2 meses presentaba tos y disnea de forma frecuente, con respuesta parcial a broncodilatadores. Esa noche 2 accesos de tos. Había tenido febrícula. En las dos últimas semanas, dormía poco por disnea en decúbito que mejoraba en bipedestación. Refería además quejarse de dolor en cadera izquierda.

En la exploración física se anotó: “*peso: 55.1 kg; Tª: 37.1 C° ; saturación O2: 95 %; FC: 145 l.p.m y TA 124/70 mmHg*”. Leve palidez de piel, no de mucosas. Eupneica. Bien perfundida. Normohidratada. Sin signos de dificultad respiratoria en sedestación. Disnea en decúbito. No exantemas ni petequias. No aspecto séptico. Auscultación cardíaca: rítmica sin soplos. Auscultación pulmonar: disminución de la ventilación en tercio superior de hemitórax izquierdo en cara anterior. Abdomen blando e indoloro, sin visceromegalias. Faringe y otoscopia bilateral normal. Sin signos meníngeos ni rigidez lineal.

Se realizó Rx de tórax que mostró aumento de densidad a nivel mediastínico, sin evidencia clara de derrame pleural. Posteriormente se hizo analítica sanguínea y se completó estudio con TC tóraco-pélvico-abdominal con contraste intravenoso, con la conclusión de “*voluminosa masa mediastínica que ejerce efecto de masa sobre las estructuras adyacentes y engloba estructuras vasculares. Asocia afectación pleural focal y discreto derrame pleural izquierdo, así como derrame pericárdico. Masas pélvicas probablemente correspondientes a ambos anejos. Hallazgos que en conjunto sugieren tumor de células germinales no seminomatoso como primera posibilidad sin poder descartar linfoma*”.

Tras contactar con Oncohematología de Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, se decidió derivar allí a la menor para

completar diagnóstico y tratamiento. Se solicitó transporte por medio de ambulancia convencional.

La niña ingresó el 24 de diciembre de 2018 en la UCI de dicho centro hospitalario de manera urgente con los diagnósticos de ortopnea y masa mediastínica. A su ingreso se inició tratamiento con metilprednisolona intravenosa (60 mg/m²), según indicaciones del Servicio de Oncología.

El 26 de diciembre de 2018 se realizó biopsia de adenopatía cervical izquierda, siendo el diagnóstico de sospecha de un linfoma B de alto grado. Asimismo, se realizó biopsia de médula ósea y punción lumbar con administración de quimioterapia intratecal, iniciándose quimioterapia intravenosa según pauta de Oncología tras realizar dichas pruebas complementarias. No presentó signos de tisis tumoral en ningún momento.

El diagnóstico se estableció el 28 de diciembre de 2018 y fue de linfoma B de alto grado estadio IIIB, tras los diversos estudios (con adenopatías cervicales izquierdas, masa mediastínica e infiltración ovárica bilateral, con LDH > que 2 veces el límite superior de la normalidad).

Tras la estancia en UCI, la menor ingresó en planta en el Servicio de Oncología donde permaneció hasta el 28 de enero de 2019.

La hija de la reclamante recibió diversos tratamientos, que de manera resumida se concretan en la siguiente evolución: en el periodo de enero a mayo de 2019, Protocolo Inter-B NHL RTX 2010, con respuesta lenta; en junio de 2019 mediastinoscopia negativa; en octubre de 2019, recidiva radiológica; en enero de 2020, trasplante de médula ósea; en mayo de 2020 progresión radiológica y tratamiento con Inotuzumab; en junio de 2020, aféresis para ensayo clínico con CART y finalización de protonterapia y en julio de 2020 finalización de

CART. Los últimos tratamientos recibidos fueron infusión de pembrolizumab y protonterapia, que no impidieron el progreso de la enfermedad y la niña falleció el 7 de diciembre de 2020.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la hija de la interesada del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, del Centro de Salud La Marazuela, del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, contra el que la interesada dirige sus reproches, y del Hospital Universitario Fundación Alcorcón (folios 60 a 907 del expediente).

Asimismo, consta en el procedimiento el informe del Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda en el que refiere que la niña fue vista en Urgencias el día 9 de diciembre de 2018 por tos de un mes de evolución. No refería antecedentes personales de interés, sin enfermedades previas ni alergias conocidas y calendario vacunal completo. En la primera consulta, refirió tos productiva de un mes de evolución con tres picos de febrícula aislados, habiendo empeorado la tos en la última semana con dolor torácico. Valorada por su pediatra, había indicado tratamiento desde 48 horas antes con amoxicilina clavulánico y aerosol de beclometasona/formoterol. Además, había recibido Salbutamol inhalado en la última semana.

Según el informe, fue valorado el cuadro clínico y se realizó una exploración clínica completa, recogiendo las constantes vitales habituales, que el informe reproduce según los datos que figuran en la historia clínica. Destaca que se realizó un electrocardiograma, que

mostraba ritmo sinusal sin presentar signos de hipertrofia ni bloqueos ni alteraciones de la repolarización. Permaneció en observación durante 3 horas y media en las que presentó un pico febril que cedió con antitérmico y se administró Salbutamol inhalado con mejoría de la tos y menor sensación de falta de aire. Tras ello, se diagnostica a la paciente de tos en posible relación con broncoespasmo. y, dado que solo habían transcurrido 48 horas desde el inicio de la antibioterapia con amoxicilina clavulánico, se decidió dar de alta con las recomendaciones de mantener observación domiciliaria y dar margen de tiempo para valorar posible respuesta al tratamiento. Además, se indicó volver a la Urgencia si había empeoramiento de la dificultad respiratoria o del estado general, o aparición de nueva sintomatología, así como control por su pediatra y valorar derivación a Neumología Pediátrica.

El informe explica que toda esta actuación se realizó siguiendo las recomendaciones establecidas en el protocolo de broncoespasmo en Urgencias vigente en ese momento (actualizado en marzo 2018). Señala que en él se indica que *“no es necesario realizar radiografía de tórax ni analítica sanguínea salvo en el asma de riesgo vital o si hay sospecha de complicación o de otra posibilidad diagnóstica (aire extrapulmonar, ale/ectasia, neumonía, aspiración de cuerpo extraño...)”*. Señala que este protocolo se actualizó en marzo 2018 siguiendo las recomendaciones de la Guía española para el manejo del asma (GEMA) y de la Global Strategy for Asthma Management and Prevention (GINA).

En cuanto a la segunda consulta del 23 de diciembre de 2018, el informe indica que de nuevo se analizó el cuadro clínico y se realizó una exploración física completa en la que no se objetivaron datos de alarma. Se recomendó citación en consulta de Neumología a través de su pediatra. Además, se indicó vigilar signos de dificultad respiratoria

o empeoramiento del estado general y volver a Urgencias si había empeoramiento o aparición de nueva sintomatología.

El informe aclara que en todo momento los pediatras que atendieron a la paciente actuaron en base a los datos de la anamnesis y exploración física, sin evidenciar datos que indicasen la necesidad de realizar Rx de tórax.

Concluye que, lamentando profundamente el diagnóstico de la paciente de linfoma no Hodgkin B de células grandes estadio III con gran extensión y la evolución fatal de dicho proceso, es presumible que el retraso en el diagnóstico no hubiese influido en dicha evolución y probablemente tampoco hubiese variado la necesidad de ingreso en la UCI para observación por el gran riesgo cardiorespiratorio que presentaba.

Figura también en el procedimiento el informe de 21 de diciembre de 2022 de la Inspección Sanitaria que, tras analizar la historia clínica de la hija de la interesada, el informe emitido en el curso del procedimiento, así como realizar las oportunas consideraciones médicas concluye que la actuación de los profesionales médicos no es catalogable como mala práctica médica.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a la reclamante. Consta que, intentada la notificación por dos veces en el domicilio de la interesada, fue realizada la notificación edictal mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado del día 24 de abril de 2023. No figura en el expediente que la reclamante formulara alegaciones dentro del trámite conferido al efecto.

Finalmente, el 16 de junio de 2023 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no se

había acreditado la infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria reprochada.

Consta que la reclamante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación que se sigue ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10, de Madrid, procedimiento abreviado 712/2022.

CUARTO.- El 4 de julio de 2023 se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el n.º 377/23.

La ponencia correspondió 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 20 de julio de 2023.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros , y a 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.

La reclamante ostenta 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 en cuanto que sufre el indudable daño moral provocado por el fallecimiento de su hija y por los daños morales que achaca al retraso de diagnóstico y al proceso de la enfermedad de la niña.

No obstante, en su escrito parece reclamar en nombre del otro progenitor de la menor, pero sin embargo no ha acreditado la representación que ostenta para reclamar en su nombre. Debemos recordar que la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es una solicitud de inicio de un procedimiento, razón por la cual si una persona actúa en nombre y representación de otra debe aportar poder suficiente para ello conforme el artículo 5, apartados 3 y 4 de la LPAC.

No consta en el expediente examinado que se haya recabado la acreditación de la representación que ostenta la firmante del escrito de reclamación del otro progenitor *“mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia”*. No obstante, puesto que no se puede hacer pechar a la reclamante con el improcedente actuar de la Administración al no recabar la subsanación del defecto advertido, procede entrar a conocer del fondo

de asunto, sin perjuicio de recordar que la representación debe acreditarse en forma adecuada.

Por otro lado, cabe señalar que la interesada también reclama por el daño sufrido por su hija, si bien, cabe recordar lo señalado con detalle en nuestro Dictamen 47/23, de 2 de febrero, en el que analizamos la Sentencia de 31 de octubre de 2022 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Décima, recurso nº 603/2021) que afirma, de acuerdo con la Sentencia nº 141/2021, de 15 de marzo, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el recurso extraordinario por infracción procesal nº 1235/2018, la transmisibilidad mortis causa de la acción para que los herederos reclamen la indemnización por los daños corporales y morales sufridos por el causante en vida y concluye que *“el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por estos como por su fallecimiento”*.

Como se expone en el citado Dictamen 47/23, la propia Sentencia 141/2021 dice que el derecho al resarcimiento del daño, lo adquiere el lesionado desde que lo sufre y queda integrado en su patrimonio, *“susceptible de ser transmitido a sus herederos”*. Esto significa que no todos los derechos de crédito *intuitu personae* para el resarcimiento del daño personal son transmisibles a sus herederos, sino que solo son transmisibles aquellos en los que el alcance del daño se haya determinado, bien por haber formulado una reclamación o en un informe pericial, como prevé la STS 141/2021, circunstancias que no se dan en este caso. Por ello, la reclamante no ostentaría legitimación para reclamar por los daños sufridos por la niña.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada

se prestó por Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, centro sanitario integrado en la red sanitaria pública madrileña.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC).

En el presente caso, ocurrido el fallecimiento de la menor el día 7 de diciembre de 2020, cabe entender que la reclamación presentada el 29 de noviembre de 2021 se ha formulado en plazo legal.

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 el servicio implicado en la asistencia sanitaria reprochada en el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda. Además, se ha incorporado el informe de la Inspección Sanitaria y la historia clínica de la hija de la reclamante. Tras la instrucción del expediente se confirió el trámite de audiencia a la interesada y, finalmente, se ha redactado la propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación de responsabilidad planteada.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

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

Según constante y reiterada jurisprudencia, el sistema de responsabilidad patrimonial presenta las siguientes características: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2022 (recurso 771/2020), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo,

«el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar", debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc».

En consecuencia lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria " ... es la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" (STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento

normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la lex artis o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente».

CUARTA.- En este caso, como hemos visto en los antecedentes, la reclamante alega la existencia de un retraso en el diagnóstico a su hija de un linfoma no Hodking de alto grado estadio III de células grandes tipo B, y dirige sus reproches al Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda pues considera que no resulta explicable que no fuera detectada dicha patología cuando la menor acudió en dos ocasiones al Servicio de Urgencias del referido centro hospitalario (los días 9 y 23 de diciembre de 2018) , siendo así que con la realización de una Rx de tórax en otro hospital pudo detectarse la enfermedad.

En este caso, de acuerdo con las alegaciones efectuadas por la reclamante, 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 la interesada, 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 8 de abril de 2022 (recurso 1079/2019), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, como añade la citada sentencia, “*las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica*”.

En este caso, la reclamante no ha aportado al procedimiento ninguna prueba que acredite que la asistencia sanitaria no fue conforme a la *lex artis*, sin que sirvan a tal efecto sus afirmaciones.

Por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente contrastados con la historia clínica examinada descartan la mala praxis denunciada. En particular, la Inspección Sanitaria, tras analizar todo el proceso asistencial de la hija de la interesada ha considerado que la actuación de los servicios médicos del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, contra los que se dirige la reclamante, fue conforme a la *lex artis*. En este punto cabe recordar el especial valor que esta Comisión Jurídica Asesora atribuye a la opinión de la Inspección Sanitaria, pues, tal y como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así su Sentencia de 24 de mayo de 2022 (recurso 786/2020), “*sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también 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*”.

Analizando la reclamación a la luz de los informes médicos y de la historia clínica que obra en el expediente, resulta que, la niña fue valorada en primer lugar en Atención Primaria, en su centro de salud, y consta que el día 19 de noviembre de 2018 se registró que la menor refería tos desde hacía dos semanas, con reagudización en esa fecha y se acompañaba de dolor de garganta y un dolor torácico que se anotó de características pleuríticas. A la auscultación pulmonar se anotó buena ventilación bilateral y que no había signos de trabajo respiratorio. Según refiere la Inspección Sanitaria, se realizó exploración por aparatos, que valora como adecuada, que arrojó normalidad, salvo dolor a la palpación en región paravertebral cervical izquierda, que es un síntoma inespecífico, en palabras del inspector médico. Consta que se pautó antitusígeno.

Figura en la historia clínica examinada, que la niña acudió ese mismo día por la tarde al centro de salud, con la misma clínica y febrícula, hallándose la faringe muy seca y, en nueva auscultación, murmullo vesicular conservado sin ruidos añadidos. El proceso se calificó como un episodio de catarro vías altas.

Para la Inspección Sanitaria, la actuación hasta aquí relatada, que no es objeto de reproche por la interesada, *“se valora dentro de asistencia correcta”*.

Según consta en la historia clínica, la niña acudió de nuevo al centro de salud el día 7 de diciembre de 2018. Se anotó que persistía tos productiva y que refería dificultad para dormir porque se ahogaba, con disnea. Según refiere la Inspección Sanitaria, se tomaron constantes, que se mostraban dentro de la normalidad y, específicamente, la frecuencia respiratoria se halló en 14 y la saturación de oxígeno en el 98%, por lo que no se objetivaba dificultad respiratoria. A la auscultación el facultativo anotó runcus diseminados y alguna sibilancia. Se valoró el proceso como hiperreactividad bronquial, se pautó antibioterapia y broncodilatador y se dispuso control en 72 horas.

Esta actuación, que tampoco es objeto de reproche, se valora igualmente por la Inspección Sanitaria, dentro de la corrección, entendiendo un componente de broncoespasmo y cubriendo posibilidad infecciosa, y con control estrecho para ver efectividad y evolución, con indicación de volver a consulta en 72 horas.

Según se constata en la historia clínica, en el plazo de control establecido por el centro de salud, la menor acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, el 9 de diciembre de 2018. El motivo de consulta registrado era la tos, anotándose en la anamnesis, que era de un mes de evolución y que en

la última semana era de predominio nocturno y con dolor torácico punzante. Al tratamiento se había incorporado Salbutamol, cuya última inhalación era de 4 horas antes. También que había presentado tres picos aislados de febrícula de hasta 37.8°. Según refiere la Inspección Sanitaria en su informe, en la exploración física se encontró a la niña con buen estado, sin dificultad respiratoria, eupneica y sin alteración de otros aparatos, de modo que el juicio de cuadro de tos con un posible componente de broncoespasmo no constituye una incorrección, según sus propias palabras. Además, según el inspector médico, al aplicar el broncodilatador se mostró mejoría y fue practicado un electrocardiograma, que mostró la taquicardia sinusal a 150, considerada benigna, lo cual era procedente en el contexto.

Asimismo, la Inspección Sanitaria califica como correcta la atención del Servicio de Urgencias del centro hospitalario el día 23 de diciembre de 2018. Así, constata que la niña acudió de nuevo al Servicio de Urgencias con tos de una duración de mes y medio. En la exploración presentaba buen estado general, el peso se anotó como estable, no había referencias a disminución del mismo ni sudoración, sí a algún pico de febrícula o fiebre, no mantenida. No se hallaron datos de dificultad respiratoria, sin trabajo respiratorio ni hipoxemia. Auscultación sin hallazgos. El facultativo, en su tratamiento al domicilio, reseñó la recomendación de la derivación a Neumología por su médico. Por todo ello, para la Inspección Sanitaria *“se valora que lo actuado no puede reseñarse que constituya una mala práctica”*.

En relación con la prueba diagnóstica que reclama la interesada como necesaria para valorar la enfermedad de su hija, el informe del Servicio de Pediatría implicado en el proceso asistencial de la niña explica que su actuación se realizó siguiendo las recomendaciones establecidas en el protocolo de broncoespasmo en Urgencias vigente en ese momento (actualizado en marzo 2018, siguiendo las

recomendaciones de la Guía española para el manejo del asma (GEMA) y de la Global Strategy for Asthma Management and Prevention (GINA)). En él que se indica que: *“no es necesario realizar radiografía de tórax ni analítica sanguínea salvo en el asma de riesgo vital o si hay sospecha de complicación o de otra posibilidad diagnóstica (aire extrapulmonar, ale/ectasia, neumonía, aspiración de cuerpo extraño...)”*. La misma consideración es recogida por la Inspección Sanitaria que en su valoración médica señala que la radiografía de tórax no es necesaria de rutina y es indicada si se sospechan complicaciones, en el caso de crisis asmáticas, y en el supuesto de tos aguda, si se sospecha neumonía, cuerpo extraño...circunstancias que como hemos visto no concurrían en el caso de la hija de la interesada. Por último, en el caso de tos persistente/ crónica, calificada como tal en adolescentes (mayor o igual a 15 años) de duración superior a 8 semanas, sí requiere de su mayor estudio causal, estudio que suele comenzar por radiología simple de tórax, en general a practicar desde los ámbitos de Atención Primaria o consultas especializadas. En el caso de la hija de la interesada en la asistencia en Urgencias del 23 de diciembre, la tos tenía una evolución de 7 semanas, según refiere la Inspección Sanitaria por los datos que figuran en la historia clínica, y además consta que en la última consulta se derivó a la menor a la consulta de Neumología que habría de completar el estudio.

En este sentido, cabe recordar que el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, establece en su anexo IV que la atención en los servicios de Urgencias es aquella *“(...) que se presta al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata”* de tal forma que *“una vez atendida la situación de urgencia, se procederá al alta de los pacientes o a su derivación al nivel asistencial más*

adecuado y, cuando la gravedad de la situación así lo requiera, al internamiento hospitalario, con los informes clínicos pertinentes para garantizar la continuidad asistencial”. En este caso, como hemos visto, no había datos de gravedad en las dos asistencias en Urgencias analizadas que aconsejaran un ingreso hospitalario y además la niña fue derivada a otras instancias asistenciales que claramente podrían completar la atención inmediata realizada en el Servicio de Urgencias.

Como ya indicamos, entre otros, en los dictámenes 171/19, de 22 de abril y 87/20, de 27 de febrero, es evidente que el diagnóstico clínico es un proceso sumamente complejo, que se realiza en función de los síntomas que presenta cada paciente y de la manifestación de los mismos, que permiten al facultativo decidir la realización de pruebas diagnósticas que, a su vez, perfilan el diagnóstico final.

En este sentido, como destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de enero de 2022 (procedimiento 640/2018):

“La fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante, lo anterior, respecto al error de diagnóstico es importante advertir que para que éste sea generador de responsabilidad es necesario que atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que

resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitara alguna oportunidad de curación. En definitiva, es necesario que la falta de diagnóstico, o bien su error o su retraso sea imputable a la Administración y por ello sea determinante de la lesión del derecho del paciente a un diagnóstico correcto en tiempo oportuno”.

En este caso, según resulta de los informes médicos que obran en el expediente, y en particular, del informe de la Inspección Sanitaria, cabe concluir que la sintomatología que presentaba la hija de la reclamante en los dos asistencias reprochadas al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda no presentaba datos de alarma que hicieran pensar en un proceso tumoral de la gravedad del padecido por la niña, actuándose por dicho Servicio de Urgencias conforme a lo establecido en los protocolos , que no establecen de rutina la realización de la prueba diagnóstica que demanda la reclamante, y derivando a la menor a un servicio especializado, como es el de Neumología, para completar el estudio de un proceso que no mostraba signos de gravedad en ese momento.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado la infracción de la *lex artis* reprochada por la interesada.

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 20 de julio de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n. ° 388/23

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid