

Dictamen nº: **145/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **11.04.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 11 de abril de 2011, 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 D. por el fallecimiento de su esposa, Dña., que atribuye a la omisión de pruebas diagnósticas que detectasen la evolución del cáncer que padecía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 18 de junio de 2014 se presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial en una oficina de correos (con entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 23 de junio), en la que el interesado solicitaba una indemnización por la defectuosa asistencia sanitaria prestada en el Hospital de Santa Cristina a su esposa y que concluyó con su fallecimiento.

La reclamación relataba que en el año 2011 su esposa había sido diagnosticada de carcinoma ductal infiltrante en el cuadrante superoexterno de la mama derecha, por lo que se sometió a tratamiento de quimioterapia (4 ciclos) tras los que, en febrero de 2012, se informó

que la lesión de la mama y las adenopatías habían desaparecido, y se la sometió a una mastectomía el 16 de abril de 2012. En mayo de 2012 presentó “*capsulitas*” postlinfadectomy axilar y, en octubre de 2012, en el hombro derecho junto con linfedema agudo. Se pautó tratamiento rehabilitador.

En enero de 2013 comenzó a presentar más cansancio del habitual, astenia, anorexia, e intolerancia al esfuerzo, lo que fue comunicado a su médico sin que se ordenase ninguna prueba. En abril, unos resultados analíticos evidenciaron unos marcadores alterados que debían haber alertado de su situación.

En mayo acudió al Hospital de La Princesa con los mismos síntomas de enero y una lumbalgia irradiada hacia la parte posterior del muslo y se emitió un informe porque iba a trasladarse a Murcia a vivir.

El 16 de mayo de 2013 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Santa Lucía de Murcia donde le prescribieron un TAC que mostró adenopatías mediastínicas aumentadas de tamaño y sospechosas de malignidad.

Tras un ingreso por epistaxis el 31 de mayo de 2013, se diagnosticó metástasis ósea por la evolución del cáncer de mama, fue empeorando y falleció el 21 de junio de 2013.

Se solicitaba una indemnización de 124.621,47 € (115.035,21 € para él y 9.586,26 € para su hija) por el error, retraso en el diagnóstico y defectuoso tratamiento porque si se hubieran adoptado las medidas conforme a los protocolos médicos de forma precoz y se hubiera tratado adecuadamente, realizando pruebas diagnósticas, no se hubieran producido las metástasis y el fallecimiento de la paciente.

La reclamación se acompañaba de diversa documentación médica y solicitaba un dictamen médico pericial, el dictamen de la Inspección Sanitaria, y la historia clínica con las pruebas realizadas.

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

La paciente, de 52 años, y con el antecedente de madre fallecida de cáncer de ovario, fue valorada por primera vez en el Hospital Universitario de La Princesa (HULP en lo sucesivo) el 20 de septiembre de 2011 con el diagnóstico de carcinoma localmente avanzado de la mama derecha con afectación ganglionar radiológica triple negativo. Se procedió a realizar tratamiento con quimioterapia preoperatoria con la intención de hacer el tumor operable (4 ciclos a intervalos de 21 días hasta el día 2 de diciembre de 2011 con Adriamicina 60 mg/m² y Ciclofosfamida 600 mg/ml) y, posteriormente, 4 ciclos de Taxotere 100 m /m² (del 23 de diciembre de 2011 al 27 de febrero de 2012).

Con el tratamiento se objetivó la remisión de la lesión en mama derecha y la desaparición de las adenopatías. La RM realizada tras la quimioterapia mostraba una respuesta radiológica completa, por lo que, con el diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante de la mama derecha, grado III y con metástasis de ganglio linfático, fue remitida al Hospital Universitario Santa Cristina (en adelante, HUSC) donde el 4 de abril de 2012 le practicaron una mastectomía radical derecha y vaciamiento ganglionar axilar, de la que resultó ausencia del tumor residual en la mama y metástasis en 3 de los 14 ganglios linfáticos de la axila.

Después de la intervención, se remitió a la paciente al Hospital Universitario de La Princesa donde se le administró radioterapia hasta el 13 de julio de 2012, tras lo que se programaron revisiones siguiendo los protocolos médicos.

El 1 de octubre de 2012 la paciente fue remitida al Servicio de Rehabilitación por presentar aumento del volumen en la extremidad superior derecha. A la exploración se objetivó pérdida de movilidad en el hombro derecho con linfedema difuso de predominio distal en tal miembro y edema en el lecho quirúrgico. Fue diagnosticada de capsulitis en el hombro derecho y linfedema agudo, tras lo que se inició tratamiento rehabilitador. En la revisión de Rehabilitación del 20 de diciembre de 2012 se mantenían las lesiones.

La analítica y radiografía de tórax que aportó no mostraron alteraciones, salvo un marcador tumoral (CEAI 3,92) en probable relación con hábito tabáquico de la paciente. En la revisión efectuada el 24 de enero de 2013 no se apreció evidencia de recaída en la exploración física persistiendo el linfedema y el CEA 3,83.

En la consulta del 28 de enero de 2013 en el Servicio de Cirugía Plástica de HUSC para valorar la posible reconstrucción mamaria diferida, la paciente presentaba unos tejidos de mediana calidad, por lo que se aconsejó que debería esperar. Fue valorada de nuevo en el Servicio de Cirugía Plástica de HUSC el 29 de abril de 2013, decidiéndose esperar al año para la reconstrucción.

El 9 de mayo de 2013 la paciente acudió a su revisión pautada en el Servicio de Oncología Médica de ULP refiriendo lumbalgia izquierda irradiada por la parte posterior del muslo de 15 días de evolución que había tratado con AINEs con discreta mejoría, no refiriendo otra sintomatología asociada, ni disnea, ni astenia. Aportaba una mamografía normal y una analítica en la que destacaba una elevación de la fosfatasa alcalina (121), del CA 15,3 (158.8) y GGT (39), estando el resto de los parámetros dentro de la normalidad. La exploración física efectuada descartó la existencia de recaída en la cicatriz de la mastectomía y sin existencia de puntos dolorosos a nivel óseo.

Ante la elevación del marcador tumoral y los síntomas, se sospechó una recaída a distancia explicando a la paciente la necesidad de realizar un estadiaje. Ese mismo día se solicitó un TAC toraco-abdominal y una resonancia nuclear magnética lumbar preferentes. La paciente manifestó su deseo de viajar al día siguiente fuera de Madrid. Se le entregaron los volantes de las pruebas solicitadas explicándole la importancia de las mismas, para su realización a la mayor brevedad. La paciente manifestó su intención de citarse de nuevo en el Servicio de Oncología Médica de HULP a su regreso a Madrid.

El 16 de mayo de 2013 la paciente ingresó en el Hospital General Universitario Santa Lucía de Cartagena al presentar dolor lumbar creciente que no mejoraba con analgesia, sin referir pérdida de sensibilidad ni de fuerza en los miembros inferiores ni dolor en otras localizaciones.

Desde su ingreso se inició analgesia para dolor severo, con buen control analgésico. Se solicitó una reevaluación completa con TAC, tomografía de abdomen y pelvis y gammagrafía ósea. El TAC cuello-tórax-abdomen-pelvis efectuado el 21 de mayo de 2013 mostró adenopatías mediastínicas aumentadas de tamaño y sospechosas de malignidad, infiltrado subpleural de dudosa significación en el lóbulo superior derecho del pulmón, siendo imposible descartar que se tratase de una lesión metastásica. El diagnóstico fue de carcinoma de mama, estadio IV. Se recomendó la realización de un PET-TC para confirmación de malignidad. El PET fue citado para el día 29 de mayo de 2013. Al estar clínicamente asintomática se le dio el alta hospitalaria el 23 de mayo de 2013, decidiéndose que el PET se realizaría de forma ambulatoria y se valoraría en consultas externas para valorar la actitud a seguir.

El 1 de junio de 2013 la paciente ingresó en el Servicio de Oncología Médica de HGUSL procedente de Urgencias por presentar

epistaxis espontánea de repetición de días de evolución, presentando también dolor lumbar y mayor astenia en probable relación con sangrado. En la analítica destacaba 8.000 plaquetas y 3.090 leucocitos (N-36%). Con el diagnóstico de pancitopenia probablemente secundaria a quimioterapia, se decidió su ingreso en Oncología. Se le efectuó una punción de médula ósea que evidenció infiltración por un carcinoma de origen mamario. El 11 de junio de 2013 se inició tratamiento con quimioterapia semanal, con buena tolerancia clínica inicial. Necesitó soporte transfusional plaquetario. Posteriormente evolucionó desfavorablemente, con deterioro generalizado, y falleció el 21 de junio de 2013. Los diagnósticos definitivos fueron CDI de mama derecha, grado III, triple negativo; *exitus* por un carcinoma de mama con infiltración de médula ósea.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Se incorporaron al expediente la historia clínica del HULP, del HUSC y del hospital de Murcia que había atendido a la paciente, y, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP se solicitaron los informes de los servicios implicados en el tratamiento y asistencia sanitaria a la paciente.

Así, en el informe del Servicio de Cirugía Plástica del HUSC, del 16 de septiembre de 2013, se manifestó que en la consulta de enero de 2013, ante los tejidos de mediana calidad que presentaba, se aconsejó una reconstrucción diferida. A los 9 meses de la radioterapia se valoró nuevamente y se decidió esperar a que transcurriese el año para la reconstrucción.

El 23 de julio de 2014 se emitió informe por el Servicio de Oncología Médica del HULP en el que, tras referir la asistencia sanitaria prestada, señaló que las revisiones del cáncer de mama durante los dos primeros años se realizan habitualmente de forma trimestral y, en este caso, se realizaron tales revisiones sin que se tuviesen que adelantar por aparición de nueva sintomatología. Ante la elevación de marcadores tumorales y de dolor óseo en una de las visitas programadas, se solicitó reestadaje de cara a descartar una recaída en hueso u otros órganos, tal y como se explicó a la paciente en la última visita del 9 de mayo de 2013, reiterando la importancia de realizar dicho estudio e incluso instándola a demorar su viaje hasta completar el mismo.

El 4 de agosto de 2014 el Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUSC informó de la asistencia prestada a la paciente en dicho hospital.

El 10 de abril de 2014 el interesado presentó un escrito en el que se relataba la asistencia sanitaria de la que fue objeto la paciente y que concluía que hasta enero de 2013 siguió una buena evolución clínica. En ese momento comenzó con deterioro clínico progresivo, sin que conste que se le realizaran los estudios necesarios para determinar la causa de estos síntomas hasta mayo de 2013, por lo que concluía que existía una evidente demora diagnóstica entre el comienzo de los síntomas en enero de 2013 hasta el diagnóstico en junio de 2013, “*pudiendo haber influido de forma directa en las complicaciones y en la evolución final*”. El informe tiene un sello ilegible y está rubricado pero, en tales condiciones, se ignora su autoría (aunque en posteriores alegaciones del interesado indicaba que se había emitido por el Servicio Murciano de Salud).

Asimismo, se emitió un informe por la Inspección Sanitaria el 10 de febrero de 2015, en el que tras relatar los hechos averiguados y hacer consideraciones médicas, revisar conceptos y realizar un juicio crítico sobre el cáncer de mama y la atención prestada, concluyó que podía considerarse correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc*.

En el trámite de audiencia se dio traslado al reclamante. Por medio de un abogado que le representaba a él y a su hija, y cuya escritura de apoderamiento aportaba, se presentaron diversos escritos de alegaciones en los que se señaló que la historia clínica estaba incompleta por lo que requería su remisión íntegra, la prueba testifical de los miembros del Servicio de Oncología del HULP para determinar por qué no se le realizaron a la paciente los estudios necesarios para determinar sus síntomas, y su identificación. Finalmente elevaba la indemnización que solicitaba, en un cálculo que valoraba también el daño sufrido por la paciente: daño patrimonial (daño emergente de 200.000 € y lucro cesante de 20.000€); daño extrapatrimonial de la paciente (*pretium doloris* -100.000 €- y daño moral -50.000 €-) y de su marido y su hija (150.000 para cada uno por el daño moral sufrido), por lo que solicitaba una indemnización de 370.000 € por los daños causados a la paciente que deberían abonarse a su esposo y su hija, además de 150.000 € para cada uno. Pedía explicaciones sobre la extirpación parcial ganglionar (solo 14 ganglios en lugar de los 50 existentes), apuntaba como negligencia la ausencia de análisis de marcadores tumorales después de la mastectomía hasta después de 7 meses de la intervención y denunciaba la falta de realización de los estudios necesarios para determinar la causa de sus síntomas.

El 6 de julio de 2015 el viceconsejero de Asistencia Sanitaria acordó admitir la prueba documental solicitada e inadmitir la prueba testifical por no argumentarse su finalidad ni los motivos por los que consideraba necesaria su práctica.

Requeridos los hospitales implicados, contestaron manifestando que la historia clínica se había remitido completa.

En nuevo trámite de alegaciones, el reclamante, por medio de su abogado, tras realizar consideraciones médicas alegó falta del deber de información a la paciente a la que no se le informó debidamente de su

estado de salud y de la posibilidad más que probable de que el cáncer se extendiese; infracción de la obligación de medios diagnósticos; pérdida de oportunidad en el tratamiento médico; error de diagnóstico y vulneración o inobservancia de la "lex artis ad hoc".

Tras comunicar diligencias penales frente al oncólogo que había tratado a la paciente (Diligencias Previas 3773/2015 ante el Juzgado de Instrucción nº 39 de Madrid), mediante Resolución del viceconsejero de Sanidad de 6 de noviembre de 2015 se declaró la suspensión del procedimiento administrativo en tanto recayera resolución firme en el orden penal, que se reanudó en julio de 2018 tras archivarse la causa penal y presentar el reclamante las resoluciones judiciales recaídas (entre ellas, el Auto de 11 de abril de 2016 que decretó el sobreseimiento provisional, confirmado en noviembre por la Audiencia Provincial).

El 25 de febrero de 2019 la secretaría general del SERMAS por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución que desestimó la reclamación formulada al considerar que la asistencia prestada a la paciente fue conforme con la *lex artis*, siendo las decisiones diagnósticas y terapéuticas adoptadas acordes a su cuadro clínico, sin que existiese antijuridicidad del daño ni relación de causalidad entre el daño y la actuación de los servicios sanitarios.

CUARTO.- El 6 de abril de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid un escrito del viceconsejero de Sanidad por el que, por delegación del consejero de Sanidad, se formuló preceptiva consulta.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 119/19, a la letrada vocal Dña. M^a Dolores Sánchez Delgado, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y

aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 11 de abril de 2019.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación -en soporte CD-, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 €, y por solicitud delegada del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3,a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según establece su artículo 1.1. No obstante, de conformidad con su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación remitida al SERMAS con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, resulta de aplicación la normativa anterior, esto es, los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y

del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), que han sido desarrollados en el RPRP.

El reclamante está legitimado activamente al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC al sufrir el daño moral causado por el fallecimiento de su familiar, *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 –recurso 7013/2000– y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–) y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 –recurso 395/1993–, 19 de noviembre de 1994 –recurso 12968/1991– y 28 de febrero de 1995– recurso 1902/1991–), aunque de difícil valoración económica. No se aportó, sin embargo, prueba documental que acredite la relación de parentesco del reclamante con la paciente ni con la hija para la que también solicitaba una indemnización, ignorándose si era o no mayor de edad a los efectos de determinar si esta tenía, o no, capacidad para reclamar en su propio nombre y derecho. No obstante, hecha la anterior puntualización y como quiera que la Administración ha entrado a conocer el fondo del asunto, esta Comisión examinará la concurrencia de los requisitos para estimar, en su caso, la presencia de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de recordar a la Administración la necesidad de que tales extremos queden acreditados en forma adecuada.

Hay que señalar también que en las alegaciones vertidas en el trámite de audiencia se incrementó la cantidad solicitada en concepto de indemnización para reclamar por los daños infligidos a la paciente y por su falta de información ya que se alegaba que la paciente no había sido advertida debidamente de la posibilidad de la extensión de su enfermedad, además del daño moral para su marido y su hija.

No cabe admitir, sin embargo, su legitimación como herederos de la paciente por los padecimientos que esta hubiera podido experimentar ya que son daños personalísimos que no se integran en la herencia, tal y como ha destacado esta Comisión en diversos Dictámenes como el 285/16, de 7 de julio o el 396/16, de 4 de agosto, y el 494/16, de 27 de octubre, siguiendo el criterio que viene acogiendo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la de 6 de junio de 2014 (recurso 595/2011).

Tampoco tienen los reclamantes legitimación para reclamar por la supuesta falta de información a la paciente, como ya sostuvimos en nuestros Dictámenes 46/16, de 28 de abril; 166/16, de 9 de junio; 507/16, de 10 de noviembre; 141/18, de 22 de marzo, y 200/18, de 3 de mayo, entre otros, al considerarlo como daño moral personalísimo (como se deduce del artículo 5.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, según el cual el titular del derecho a la información es el propio paciente, y de la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional) y, por tanto, intransmisible a los herederos, de tal forma que solo el paciente puede reclamar por la vulneración de su autonomía.

No se ignora que ha habido pronunciamientos judiciales que han variado tal criterio al respecto. En la medida en que este cambio de criterio parece venir sustentado no en el convencimiento alcanzado tras una fundamentación jurídica razonada sino más bien basada en dos sentencias del Tribunal Supremo, de distinta jurisdicción (STS de 13 de septiembre de 2012, -rec: 2019/2009- y STS de 26 de marzo de 2012 -rec: 3531/2010-) que no constituyen jurisprudencia consolidada ni argumentan un razonamiento de generalidad en estos casos, mantenemos la falta de legitimación activa del interesado para reclamar por el daño personalísimo derivado de defectos del consentimiento informado.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). Dado que la paciente falleció el 21 de junio de 2013 y la reclamación se interpuso el 18 de junio de 2014, debe considerarse ejercitada en el plazo legalmente establecido.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se ha recabado informe de los servicios médicos implicados. Y consta que el instructor del procedimiento solicitó también informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente. Se incorporó la prueba documental aportada por el reclamante y se solicitó la ampliación de las historias clínicas, que resultó que es habían remitido íntegras. Y, mediante resolución motivada se denegó la prueba testifical de los médicos que habían atendido a la paciente.

De todo lo actuado se dio traslado al reclamante, al que se dio audiencia, de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC, que se manifestó en los términos señalados en los antecedentes de hecho.

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

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

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

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

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.
- c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, “*no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente,*

aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.

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

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

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal

Supremo que “*la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas*” constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado “*que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado*”.

Ciertamente ya hemos adelantado la existencia del daño moral del reclamante y su hija por el solo hecho del fallecimiento de su familiar.

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

El reclamante denunció infracción de la obligación de medios diagnósticos; pérdida de oportunidad en el tratamiento médico; error de diagnóstico y vulneración o inobservancia de la “*lex artis ad hoc*”.

Para determinar la supuesta infracción de la *lex artis* debemos partir de la regla general de que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de mayo de 2018 (rec. núm. 532/2016), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Además hemos de tener presente, como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 12 de noviembre de 2018 (recurso 309/2017) que “*las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En*

estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”.

En este caso, el reclamante aportó un informe médico que, en sus alegaciones del trámite de audiencia señaló que se había emitido por el Servicio Murciano de Salud. En dicho informe se relataba la asistencia prestada a su esposa y concluía que había habido una evidente demora diagnóstica entre el comienzo de los síntomas en enero de 2013 hasta el diagnóstico en junio de 2013, “*pudiendo haber influido de forma directa en las complicaciones y en la evolución final*”.

Sin embargo, la fuerza probatoria de este informe de abril de 2014 ha de decaer frente a los otros informes médicos obrantes en el expediente, ya que, al margen de que establece solo una probabilidad y no una certeza en cuanto a la influencia de un posible retraso en el diagnóstico en el fatal desenlace, se ignora su autoría y la especialidad de la persona que lo emite, porque aunque esté rubricado, presenta un sello ilegible en el que no se distingue el nombre del firmante (aunque la propuesta de resolución sí lo identificaba pero negaba que proviniese del Servicio Murciano de Salud). Además, el informe, salvo la conclusión a la que lleva, que no es terminante, se limita a describir la asistencia sanitaria prestada a la paciente, sin hacer un juicio crítico de la misma.

Por el contrario, los demás informes obrantes en el expediente, y en particular, el de la Inspección Sanitaria desvirtúan los reproches del reclamante y ponen de manifiesto que la asistencia que le fue dispensada a la paciente fue conforme a la *lex artis*.

En este caso, no solo la Inspección Sanitaria se manifestó en contra de la mala praxis denunciada por el reclamante, sino que también el informe pericial del médico forense, aportado las actuaciones penales, la

rechazó. No consta tal informe forense en este procedimiento pero de él dan cuenta los autos judiciales que sí obran en el expediente.

Así, el Auto de 15 de julio de 2016, del Juzgado de Instrucción nº 39 de Madrid, en la resolución del recurso de reforma presentado, señaló que “*del informe pericial llevado a cabo por [X], oncólogo médico, que es un perito independiente y objetivo, sin relación con las partes (...) se desprende que no se aprecia desviación alguna de las lex artis en la actuación profesional de la doctora querellada. Se indica por dicho perito que hubo una muy buena respuesta inicial al tratamiento por parte de la paciente, pero hubo una recaída a los 21 o 22 meses, sin que dicha recaída pueda ser imputada al tratamiento que se dio a la paciente ni se derive de una actuación imprudente o negligente de la querellada, cuya actuación fue correcta según el informe pericial. Indica asimismo el perito que dada la naturaleza de la recaída, fue difícil otro tratamiento*”.

El Auto de dicho Juzgado de 11 de abril de 2016 decretó el sobreseimiento provisional basándose en el mismo informe pericial: “*a la vista del informe pericial obrante en la causa, en el que se descarta que la recaída de la paciente tenga relación con un deficiente tratamiento inicial ni una deficiente revisión por parte de los servicios médicos, indicándose que en carcinomas de mama con fenotipo triple negativo, como el que presentaba la esposa del ahora denunciante, las recaídas son más frecuentes en los dos primeros años, tras el diagnóstico, hecho que sucedió con esta paciente*”.

Por su parte, la Audiencia Provincial, en su Auto de 15 de noviembre de 2016 negó que unos mayores y más frecuentes controles y revisiones de la paciente hubieran evitado el resultado luctuoso “*máxime si la paciente no refiere síntomas hasta mayo de 2013 en que se detecta la elevación del marcador tumoral y se sospecha de una posible recaída, instándole de inmediato a realizarse una serie de pruebas que ella declina por tener que viajar fuera de Madrid (folio 79), sin tener más*

contacto desde el servicio de oncología del Hospital de la Princesa hasta saber que la paciente ha sido ingresada en otro centro donde fallece en junio de 2013". Y extraía de ese informe pericial la afirmación de que "la mayor frecuencia de las revisiones en paciente con metástasis ganglionar no reducen ni impiden el resultado aquí acaecido, ni se puede concluir que son causantes del mismo, ni imputables al médico bajo cuya dirección se trata la paciente".

La pérdida de oportunidad alegada por el reclamante, entendida como probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para la salud, se produce, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 (recurso 4139/2014) "*cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación*", y en este caso, tanto el Juzgado de Instrucción como la Audiencia Provincial afirmaron que no se había probado que el resultado letal hubiera sido evitable de haberse realizado más revisiones y otras pruebas de las que se le hicieron a la reclamante.

Dado el valor y "*la mayor objetividad que ha de reconocerse en un médico forense adscrito a un Juzgado de Instrucción y a la Inspección Médica, integrada por funcionarios públicos que carecen de interés particular en el pleito*" según se reconoce por los tribunales de justicia (como ejemplo, la ya citada Sentencia de 10 de noviembre de 2017 - recurso 85/2016-) hay que rechazar las críticas de la reclamante y considerar acreditado que la asistencia sanitaria prestada fue adecuada y ajustada la *lex artis*.

Por todo lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

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

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

Madrid, a 11 de abril de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 145/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid