

Dictamen nº: **220/16**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.06.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 16 de junio de 2016, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3.f).a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por Dña. M.M.N., D. R., D. M. y Dña. L.H.M. (en adelante “*los reclamantes*”) por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a su familiar D. J.M.H.F. (en adelante “*el paciente*”) en el Centro de Salud La Paz de Rivas-Vaciamadrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de marzo de 2013, un abogado colegiado en representación de los reclamantes presentaron en el registro de la Dirección General de Tributos de la Comunidad de Madrid un escrito solicitando una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a su familiar en el citado centro sanitario.

Recogen en su escrito que el 3 de enero de 2005 el paciente acudió al citado Centro de Salud tras un altercado con su hermano, portador del VIH, para saber si había sido contagiado.

Los resultados mostraron que si bien no tenía VIH sí era positivo en el virus de la hepatitis B. Por ello se solicitó una ecografía de abdomen y se consideró necesario que sus familiares se sometieran a estudio y, en su caso, vacunación.

Consideran que no se le informó adecuadamente sobre la enfermedad y que, desde entonces, no se le practicó control alguno excepto una analítica periódica.

El 1 de febrero de 2012 acudió al médico por dolor abdominal desde seis días antes por lo que se solicita ecografía y analítica urgentes.

Las pruebas se realizan en el Hospital Clínico San Carlos (HCSC) donde, además, se realiza un TAC que determina la existencia de un *“hepatocarcinoma multicentrico metastásico”*.

El 6 de febrero es derivado de forma preferente a Digestivo por alta sospecha de malignidad.

El 28 de febrero acude a Urgencias del HCSC por pérdida de conciencia, siendo ingresado y recibiendo el alta el 2 de marzo con el diagnóstico de encefalopatía hipoglucémica resuelta y hepatocarcinoma metastásico.

Acude nuevo a Urgencias los días 4 de marzo (hipoglucemia sintomática) y 10 de abril (hemoptisis grado I en relación a terapia antiangiogenica y afectación pulmonar metastásica, insuficiencia respiratoria en relación con afectación tumoral, hipoglucemia crónica por afectación hepática vs. secreción ectópica de insulina).

Vuelve a acudir el 10 de mayo y se decide que ante el no beneficio del tratamiento oncológico y tras hablar con la familia, procede su ingreso en la Unidad de cuidados paliativos, falleciendo el 16 de mayo.

Considera la reclamación que no existió un trato adecuado en el Centro de Salud por lo que hubo un retraso diagnóstico sin recibir una información adecuada sobre la hepatitis B, posibles riesgos y técnicas diagnósticas.

Solicitan una indemnización por importe de ciento sesenta y tres mil cuatrocientos setenta y dos euros con noventa y cuatro céntimos (163.472,94 €).

Adjunta poder general para pleitos, fotocopias del Libro de Familia y diversa documentación médica.

SEGUNDO.-En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo al que se ha incorporado la historia clínica del Centro de Salud La Paz y del HCSC ha puesto de manifiesto los siguientes hechos.

El paciente, nacido en 1958, con antecedentes de hábito alcohólico (> 60 gr/día), acudió el 3 de enero de 2005 al Centro de Salud La Paz por herida inciso contusa (mordedura) causada por su hermano VIH positivo al padecer un brote psicótico. Se practica una serología en la que el VIH resulta negativo así como la hepatitis C en tanto que la hepatitis B resulta positiva (folio 104).

El 21 de enero (folio 105) acude de nuevo y se le comunican los resultados de la analítica. Se le indica que el resto de la familia debe hacerse analítica y en caso que resulte negativo han de vacunarse. Se establece repetir la analítica a los tres meses por el periodo ventana y se solicita ecografía abdominal en la que no se encuentran lesiones hepáticas (LOES). Se establece que a los tres meses se valorará solicitar consulta a Digestivo (folio 106).

Constan numerosas visitas por causas diversas en los años siguientes en las que no se hace mención alguna a seguimiento o control de la hepatitis.

Constan resultados de análisis de empresa y se le recomienda limitar el consumo de alcohol (folio 113).

Acude el 1 de febrero de 2012 (folio 116) por dolor abdominal de seis días de evolución con pérdida de peso y dolor importante a la palpación de epigastrio. Se solicita analítica urgente.

En ella aparecen como positivos el Ag HBs, el Ac anti HBe y el Ac anti H así como la serología Hepatitis A, AC Anti HAV IgG. Resultan negativos el Ac anti HBs, el Ag HBe, el Ac Anti Bc Igm, la serología VIH y el Ac Anti VIH.

Los valores de GPT/ALT (transaminasas) son de 40 (<41) , el CGT (gamma glutamil transpeptidasa) es 101 (11-50), la Alfa fetoproteína 269.668,9 (normal <20ng/ml).

El 3 de febrero se solicita ecografía de abdomen completo.

El 6 de febrero bajo el epígrafe cáncer de hígado hepatocarcinoma figura que han realizado ECO y se va a realizar TAC, solicitan cifras de creatinina para el contraste.

El 7 de febrero se anota que en el informe de la ecografía se aprecian numerosas lesiones solidas heterogéneas. Se ha hecho TAC compatible con un hepatocarcinoma multicéntrico con numerosas metástasis pulmonares. Afectación de las venas suprahepáticas media e I con leve extensión de la tumoración a vena cava inferior, trombosis tumoral de las venas de la porta I para el segmento lateral.

Se deriva preferente a Digestivo (folio 116).

Las restantes visitas a Atención primaria aluden al seguimiento del tratamiento hospitalario.

Inicia tratamiento en Oncología con Sorafenib el 28 de febrero y en Digestivo con Lamivudina.

Tras ingresos en Urgencias del HCSC los días 28 de febrero (con alta el 2 de marzo), el 4 de marzo y el 10 de abril ingresa el 10 de mayo en la Unidad de Cuidados Paliativos, falleciendo el 16 de mayo.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

El 7 de mayo de 2013 emite informe la médico de Atención Primaria en el que manifiesta que indicó al paciente que debía realizarse controles periódicos (uno al año), constando en la historia los resultados de los dos años siguientes y un análisis de empresa. Afirma que en el año 2007 existía una alteración ecográfica que desconocía y que ha conocido por los informes del HCSC.

Destaca que antes los resultados de la consulta de febrero de 2012 procedió a remitir al paciente a Digestivo.

El 7 de noviembre de 2014 emite informe el jefe del Servicio de Radiodiagnóstico del HCSC en el que afirma que al paciente solo se le realizó una ecografía de abdomen completo en dicho centro el 6 de febrero de 2012 a las 16.53 horas y a continuación un TAC para confirmar los hallazgos.

El informe de esa exploración se asignó por error a una ortopantomografía realizada al paciente el 5 de diciembre de 2007 a las 11.02 horas.

El informe fue impreso el 6 de febrero de 2012 a las 19.30 horas por lo que no recoge la rectificación que se realizó al detectar el error. Se imprime el informe ya corregido a las 8.03 horas del 14 de mayo de 2012.

En informe de 30 de marzo de 2015 (folios 133-482) la Inspección Sanitaria emite informe en el que tras un extenso análisis de la actuación sanitaria y su confrontación con los protocolos de actuación concluye que no fueron conforme a los protocolos:

- El diagnóstico de VHB en 2005, el periodo ventana en 2005 y la infección crónica por VHB en 2005.

- El control periódico una vez al año con análisis de transaminasas de la infección crónica por VHB y del riesgo de cirrosis y Carcinoma hepatocelular (CHC).

- La omisión en 2005 de la derivación del paciente a un especialista en Digestivo o Hepatología.

- Las omisiones de las mediciones de los valores de viremia del VHB durante 8 años (2005-2012) y valores de transaminasas durante 4 (2008-2011).

- La omisión del diagnóstico del estado de portador crónico inactivo del VHB, de la inclusión en un programa de cribado del CHC o revisión hospitalaria ecográfica anual.

- El diagnóstico tardío y no precoz del CHC del paciente en un estadio avanzado y candidato a un tratamiento paliativo no curativo.

- La omisión de la información al paciente sobre las características y los riesgos de cirrosis y CHC de la infección crónica por VHB.

Concluye afirmando que las actuaciones y omisiones de la médico de atención primaria no conformes a los protocolos constituyen “(...) *cuando menos una notoria falta de la diligencia debida y un claro incumplimiento del más elemental deber de medios de los profesionales médicos*”.

Consta en el expediente un “*análisis médico pericial*” de Willis Responsabilidad Sanitaria sin firma ni fecha en el que considera que pudo haber una pérdida de oportunidad “tasada en primer lugar en el 50% por la concurrencia directa del paciente por el elevado consumo de alcohol y sobre lo anterior una minoración del 30% pues es la posibilidad de fallecimiento del hepatocarcinoma en un estadio inicial (en un rango 30-50%). Propone una indemnización por un total de 67.103, 87 euros.

El 22 de junio de 2015 emite informe pericial una especialista en medicina interna y neumología en el que considera que hubo una pérdida de oportunidad por no haberse completado el estudio inicial en el año 2005.

Consta una comunicación de la aseguradora de la Administración en la que afirma que el abogado de los reclamantes ha rechazado una indemnización de 67.103,87 euros.

El 29 de febrero de 2016 se concede trámite de audiencia.

No consta la presentación de alegaciones.

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución, de 18 de abril de 2016, en la que propone al órgano competente para resolver la estimación parcial de la reclamación reconociendo una indemnización por importe de 67.103,87 euros.

CUARTO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 6 de mayo de 2016, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 16 de junio de 2016.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró 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, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA)

SEGUNDA.- Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en cuanto son familiares de la persona que recibió la asistencia sanitaria y cuyo fallecimiento les ha ocasionado un incuestionable daño moral.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó en centros sanitarios públicos.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En este caso el fallecimiento del familiar de los reclamantes se produjo el 16 de mayo de 2012 por lo que la reclamación interpuesta el 12 de marzo de 2013 está en plazo.

En cuanto al cumplimiento de los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el RPRP se ha incorporado, conforme el artículo 10 del RPRP, el informe de los Servicios a los que se atribuye la producción del daño y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

Se ha solicitado el informe de la Inspección Sanitaria con el resultado ya expuesto.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJP-PAC exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el citado artículo 139, es necesario que concurra:

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) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño [así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)].

CUARTA.- La reclamación considera que ha existido una deficiente actuación sanitaria que condujo a un diagnóstico erróneo.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, siguiendo criterios jurisprudenciales, recogió de forma reiterada que la actuación médica implica una obligación de medios y no de resultados (dictámenes 720/11, de 14 de diciembre y 735/11, de 21 de diciembre) especialmente en el ámbito de la medicina curativa. Como recuerda el Dictamen 23/14, de 15 de enero:

«(...) la jurisprudencia viene señalando reiteradamente que la obligación de los servicios sanitarios en relación con el ejercicio de

la medicina curativa, es de medios y no de resultado (STS de 14/6/2012, RC 2294/11), y que la obligación del profesional sanitario reside en “prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo” (SSTS de 23/2/2009, RC 7840/2004, y de 29/6/2011, RC 2950/2007, entre otras muchas)».

Para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de enero de 2015 (recurso 948/2011) “(...) *la jurisprudencia ha modulado el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, y que la Administración no asume cualquier daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siendo erróneo sustentar la responsabilidad de la Administración en la mera existencia del daño, ya que en la medicina curativa la obligación administrativa es de medios, no de resultado, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa de una auténtica infracción de la lex artis, pero no aquella que no haya podido ser evitada con la aplicación tempestiva y adecuada de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y de los medios razonablemente disponibles en el momento en que se ha dispensado la prestación*”.

En este caso consta acreditado tanto por el extenso y documentado informe de la Inspección sanitaria como en el informe pericial aportado al expediente administrativo que la actuación realizada por la médico de atención primaria en el Centro de Salud no fue la adecuada conforme a lo que establecen los protocolos en los casos en los que se detecta una hepatitis B.

Tal y como resulta de tales informes e incluso de una simple lectura de la historia clínica la médico de atención primaria no desarrolló actuación alguna para el control de la hepatitis B. Ni derivó al paciente a un especialista ni solicitó un análisis de carga viral ni

tan siquiera tuvo presente ese resultado en posteriores visitas del paciente a su consulta por otros motivos.

De esta forma se perdió claramente la oportunidad de controlar la enfermedad que quizás hubiera evolucionado a un hepatocarcinoma o quizás no, por lo que siempre quedará a los reclamantes la duda de cuál hubiera sido la evolución de su familiar si hubiera sido adecuadamente controlado.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recuerda que, en la pérdida de oportunidad, la cuantificación de la indemnización, atendiendo a las circunstancias del caso, exige tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el daño finalmente sufrido.

La propuesta de resolución considera que ha de aplicarse el baremo establecido para las víctimas de accidentes de tráfico si bien aminora la indemnización en un 50% debido al elevado consumo de alcohol del paciente y en un 30% por cuanto la posibilidad de fallecimiento en un hepatocarcinoma detectado precozmente es de un 30-50%.

En este caso nos encontramos con que, al no realizarse un estudio de carga viral (como se habría realizado si se hubiera remitido al especialista) se diagnosticó erróneamente como hepatitis crónica y tampoco se realizó un seguimiento que hubiera permitido aplicar algunos de los tratamientos farmacológicos mencionados en el informe pericial y, además, el diagnóstico tardío impidió cualquier actuación quirúrgica ya sea la resección o incluso el trasplante.

A ello ha de añadirse que, al no diagnosticarse ni tratar correctamente la hepatitis a lo que se suma el que, como destaca el Inspector médico, no se informó adecuadamente al paciente de su patología, el consumo de alcohol no pueda considerarse como un elemento imputable al paciente que disminuye la responsabilidad de la Administración sino, al contrario, como un factor que agrava esa responsabilidad puesto que ese incorrecto diagnóstico e información no permitió que el paciente pudiera abandonar su hábito alcohólico ante la gravedad de su patología como hizo cuando posteriormente se le diagnosticó el hepatocarcinoma. No puede decirse que sea lo mismo indicar que ha de abandonar el alcohol ante el grave riesgo de padecer una cirrosis y un cáncer de hígado que hacer al paciente las recomendaciones de “*consejos dietéticos, Danacol, limitar alcohol, control analítico en un año*” (folio 113) o “*limitar consumo de alcohol, consejo antitabáquico, control analítico en un año*” (folio 108)

Por todo ello aplicando con carácter orientativo, tal y como ha reconocido numerosa jurisprudencia, el Baremo para víctimas de accidentes de tráfico recogido en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y su actualización por Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE, núm 31, de 6 de febrero de 2012) resultarían las siguientes indemnizaciones.

-Cónyuge: 111.458,83 euros.

Reducción 30%: 78.021,18 euros

Factor corrección 10%: 85.821,18 euros

-Hijo menor de edad: 46.441,18 euros

Reducción 30%: 32.508,83 euros

Factor corrección 10%: 35.759,71 euros

-Hijos mayores de edad menores de 25 años, cada uno: 18.576,47 euros

Reducción 30%: 13.003,53 euros

Factor corrección 10%: 14.303,88 euros

En total 150.188,65 euros.

Las citadas cantidades deberán ser actualizadas conforme establece el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación reconociendo a Dña. M.M.N. una indemnización de 85.821,18 euros, a D. R.H.M. una indemnización de 35.759,71 euros y a Dña. L.H.M. y a D. M.H.M. una indemnización de 14.303,88 euros a cada uno de ellos.

Las citadas cantidades deberán ser actualizadas de acuerdo con el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

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 16 de junio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 220/16

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid