

Dictamen n.º: **500/16**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **03.11.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 3 de noviembre de 2016, aprobado por unanimidad, sobre 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 el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por una letrada que decía representar a Dña F.G.L., D. A.M.C., D. V.M.G., D.A.M.G., que reclaman todos en su propio nombre y derecho, y Dña. D.R. en su propio nombre y derecho y en nombre de su hijo menor, D. A.M.R., en relación con el fallecimiento de D. A.M.G. tras la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz (en adelante, FJD).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fechas 18 y de 25 de junio de 2015 los reclamantes (padres, hermanos, esposa e hijo del paciente, respectivamente) presentaron en el Servicio Madrileño de Salud, representados por una letrada, sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la, a su juicio, defectuosa asistencia sanitaria que le dispensaron al paciente en la FJD, por la que falleció el 27 de junio de 2014. Las reclamaciones eran idénticas salvo que la

primera no iba firmada por nadie y la segunda la firmaba la abogada y se acompañaba un escrito firmado por los reclamantes en el que se otorgaba la representación a la letrada que había formulado la reclamación.

En la reclamación relataban que el paciente acudió en tres ocasiones a su centro de salud los días 8 y 23 de mayo, y 12 de junio de 2014 donde, sin realizar palpación abdominal, se diagnosticó de lumbalgia y se le recetaron analgésicos. Derivado a Traumatología el 11 de junio, se solicitaron “telerxs” y RX lumbar, que debían practicarse en julio. Acudió al Servicio de Urgencias de la FJD el 14 de junio de 2014 en donde ese mismo día se realizó un TAC que descubrió *“gran masa abdominal a descartar linfoma”*. El 16 de junio se realizó una ecografía PAAF de hígado, el 17 se realizó un TAC por no haber disponibilidad antes y una biopsia cuyos resultados no fueron concluyentes y hubo que repetir, lo que no se llevó a cabo hasta el 23 de junio en que se realizó una biopsia percutánea Trucut. Ante el empeoramiento del paciente, con shock séptico, hipotensión, taquipnea y requerimiento de NA a dosis altas, fue intervenido el 26 de junio de 2014 por posible perforación de víscera hueca.

Se imputa al hospital un defectuoso y aberrante proceso asistencial en el que el reproche más claro se refiere a la falta de información al paciente de los riesgos que entrañaba la realización de las biopsias, aunque también señalan que no se realizó una palpación abdominal en el centro de salud ni en la consulta de Traumatología, que no se adelantaron las pruebas diagnósticas, (primero porque no se pidieron de forma urgente -traumatólogo- y luego por falta de disponibilidad) aunque les dijeron que el retraso en su realización no influiría en el crecimiento del tumor y por dejar 30 horas al paciente con fuertes dolores hasta que se diagnosticó la perforación.

Solicitan por ello una indemnización de 471.685,19 € con el siguiente desglose: 147.194 € para la viuda, 200.288 € para el hijo;

80.800 € para sus padres; 30.800 € para sus hermanos y 12.063,19 € por los gastos de funeral y entierro, más intereses y costas.

Junto a su reclamación acompañaban los libros de familia, los D.N.I. de los reclamantes y del paciente y diversa documentación médica en la que se refleja la asistencia prestada, correos electrónicos de la esposa y la abogada por los que se solicitaba el historial médico y la contestación recibida del hospital, copia de la declaración de la renta del ejercicio 2013, así como copia de la factura e ingresos realizados para los gastos de entierro y funeral.

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

El paciente, de 41 años de edad, acudió el 8 de mayo de 2014 a su centro de salud por dolor lumbar derecho no irradiado. Fue visto por una médica que atendía accidentalmente la consulta de la médica titular y que observó un Lassegue positivo a 50°, diagnosticó lumbalgia y prescribió un tratamiento analgésico-antiinflamatorio convencional y calor seco; no emitió baja laboral. El 23 de mayo de 2014, el paciente volvió a la consulta de su médico de cabecera por no remitir el dolor lumbar. La doctora titular confirmó la exploración y diagnóstico de su compañera, cambió de antiinflamatorio y solicitó radiografías posteroanterior y de columna lumbar.

El paciente volvió a por los resultados el 27 de mayo de 2014 y, tras observar las radiografías, se diagnosticó un pinzamiento lumbar y disimetría (2cm de diferencia) en la altura de las caderas, y emitió un parte interconsulta al traumatólogo de zona.

El 11 de junio de 2014 el paciente acude al traumatólogo, que pidió una telerradiografía y una RNM de columna lumbar y le citó para cuando estuviesen los resultados.

El 12 de junio de 2014 el paciente volvió a su médico de cabecera por continuar con dolor y se le cambió de nuevo el tratamiento analgésico-antiinflamatorio.

El día 14 de junio de 2014 el paciente acudió al Servicio de Urgencias de la FJD por epigastralgia (dolor en la boca del estómago) y dolor abdominal de una semana de evolución; sus constantes eran normales salvo una taquicardia y distensión a la exploración abdominal, dolor a la palpación en mesogastrio e hipogastrio, reducción de ruidos hidroaéreos y ausencia de peritonismo. La analítica se encontraba dentro de valores normales salvo ligera anemia y gran elevación de LDH y proteína C. Se solicitó un TAC abdominal con contraste IV que mostró una gran masa abdominal (14x11x15cm) retroperitoneal que se extendía desde el duodeno al sacro, heterogénea, con necrosis central que infiltraba la vena cava, rodeaba la arteria ilíaca derecha, obstruía el uréter derecho y desplazaba las asas intestinales sin aparente infiltración. Se observó líquido intraabdominal y múltiples masas sólidas de similar aspecto radiológico, la mayor de 54mm, localizada junto a la aorta. Se aventuró como primeras posibilidades diagnósticas las de linfoma o sarcoma.

Tras ordenar el ingreso para estudio, se solicitó punción diagnóstica de la masa, nueva analítica y TAC de tórax para estudio de extensión.

El 16 de junio de 2014 se programó una PAAF (punción aspiración con aguja fina) guiada por ecografía a solicitud de Medicina Interna, para indagar en la naturaleza del tumor. Los

radiólogos señalaron que el paciente presentaba ascitis y asas intestinales interpuestas por lo que la exploración no resultaba viable y se aconsejó un abordaje posterior; dado que esta técnica precisaba control mediante TAC y no se disponía de él, se aplazó la prueba para el día siguiente.

El 17 de junio de 2014 apareció una anemia más marcada en la analítica pero el paciente estaba afebril y hemodinámicamente estable. Se realizó un TAC de tórax que encontró ganglios mediastínicos de tamaño no significativo y adenopatías de hasta 16mm en grasa cardiofrénica derecha; también se apreciaban nódulos inespecíficos subpleurales; sin derrames pleurales aunque con líquido libre periesplénico. Se realizó una punción guiada por TAC. Se obtuvieron dos cilindros de material (de 0,1x0,8cm y 0,1x0,3cm) que se remitieron a Anatomía Patológica y se informaron como no representativos de lesión neoplásica, pudiendo proceder de una zona fibrosa perilesional.

En la historia aparece un consentimiento informado relativo a esta exploración (folio nº 671) donde se señalan las posibles complicaciones, entre las que se incluye la de perforación de una víscera hueca.

El día 18 de junio de 2014, en las Rx de tórax y abdomen no se apreciaban lesiones óseas ni en parénquima pulmonar, no había signos de obstrucción intestinal pero sí de ascitis. El día 20 de junio de 2014 el paciente continuaba afebril y estable hemodinámicamente pero con escalofríos, y el dolor lumbar se había incrementado por lo que se pautó tratamiento analgésico. Dado que el material extraído mediante la PAAF no era concluyente se solicitó una nueva punción pero con aguja gruesa.

El 23 de junio de 2014 se programó a las 10:30 horas una punción percutánea Trucut (aguja gruesa) por vía anterior bajo vigilancia ecográfica, pero al detectar una alteración de la coagulación se aplazó el

procedimiento. En planta se le administró medicación para corregir la alteración de la coagulación y cuando se logró, a las 12:45, se retomó la exploración. Se realizó desde región periumbilical, con anestesia local y se obtuvieron dos cilindros de material. Se consignó que el procedimiento era bien tolerado y se enviaron las biopsias a Anatomía Patológica.

El día 24 de junio de 2014 se consignó en el evolutivo que el paciente no tenía fiebre y estaba hemodinámicamente estable, el dolor estaba controlado, no presenta otra sintomatología, ni complicaciones, ni molestias en el punto de la punción del día anterior. En el informe de Anatomía Patológica correspondiente al material extraído se señaló que procedía de una masa retroperitoneal que contenía proliferación neoplásica de alto grado, que la mayoría del tejido era necrótico con pocas células viables, pero que las pruebas histoquímicas sugerían un carcinoma de alto grado sin que se pudiese establecer un diagnóstico de certeza.

El día 25 de junio de 2014 seguía afebril y hemodinámicamente estable pero con dolor lumbar intenso de difícil control, así como estreñimiento que no cedía con enema y dolor abdominal importante en la fosa ilíaca y el flanco derechos a la palpación superficial. Dado que Anatomía Patológica indicó que las muestras no podían ser concluyentes, se solicitó una interconsulta a Cirugía para valorar la realización de una laparotomía o una laparoscopia de urgencia que permitiese obtener más material tumoral. Se solicitó nueva analítica y se pautaron analgésicos y enema. A las 14:57 se reevaluó al paciente encontrándose un abdomen blando, depresible y globuloso (posible ascitis) y se propuso presentarlo en sesión. Sobre las 19:00 horas el internista acudió a revisar al paciente que presentaba dolor epigástrico que aumentaba con los movimientos y al palparle, estreñimiento de 5 días, escasa expulsión de gases y un vómito bilioso por la tarde, sin más síntomas. A la exploración había reducción de ruidos intestinales y timpanismo. Se pautó dieta absoluta,

tratamiento del dolor con *nolotil* y morfina y se indicó que si continuaba con vómitos se le insertaría una sonda nasogástrica.

A las 00:34 horas del 26 de junio de 2014 presenta mal estado general, hipotensión de 70/60, dolor epigástrico y abdomen muy distendido. Se le puso suero, se pidió analítica y se avisó a los cirujanos de guardia que valoraron al paciente a las 01:28 horas, ya con los resultados de la analítica. Con la administración de suero apreciando había mejorado la hipotensión, se había insertado una sonda nasogástrica, no tenía fiebre y presentaba un abdomen distendido, mate a la percusión, doloroso y sin signos de irritación peritoneal. Presentaba leucocitosis, incremento de la creatinina y de la cifra de plaquetas. No consideraron que existiese indicación quirúrgica urgente, y atribuyeron el cuadro a la ascitis a tensión. Propusieron un TAC abdominal y paracentesis paliativa; consideraron que el que no existiese peritonismo ni incremento de la anemia era indicativo de que era poco probable una complicación secundaria a la punción de la masa tumoral. Se explicó la situación a la familia. Sobre las 03:30 horas se hizo una ecografía y paracentesis y no se encontró líquido ascítico. Se pidió un TAC y se indicó a la familia la mala situación del paciente. A las 04:08 horas, se realizó el TAC abdominal con contraste IV al paciente. A las 04:35 horas, pendientes del informe de TAC, el paciente no presentaba signos de obstrucción ni de perforación; se mantuvo el tratamiento con sueroterapia, antibióticos y bomba de morfina.

El informe del TAC evidenció -respecto a los estudios previos del día 14 y 17- la aparición de una marcada cantidad de líquido libre alrededor de hígado, bazo, asas intestinales y pelvis; neumoperitoneo en abdomen anterior sin retroneumoperitoneo, todo ello sugerente de perforación de víscera hueca. También se apreciaba un engrosamiento difuso de la pared del íleon terminal y el resto de intestino sin alteraciones aparentes. Junto a la masa retroperitoneal se observó una colección hidroaérea

relacionada con un absceso de porción lateral izquierda adyacente a colon descendente. También se observó la aparición -con respecto a estudios anteriores- de gas dentro de la lesión retroperitoneal de mayor tamaño que sugería sobreinfección.

A las 09:15 horas se hizo una nueva valoración por Cirugía con los resultados del TAC. Se apreció taquicardia, dolor abdominal a la palpación, hipotensión y signos de irritación peritoneal. Dada la situación de abdomen agudo y que se trataba de un paciente joven -pese a que la clínica y la radiología apuntaba hacia enfermedad diseminada y no existía Anatomía Patológica previa- se optó por practicar una laparotomía exploradora explicando a los familiares el altísimo riesgo quirúrgico. Firmaron el consentimiento informado. Por teléfono Anatomía Patológica indicó que la lesión podría ser un linfoma.

El servicio de Anestesia se hizo cargo del paciente y lo preparó para la intervención que se inició a las 11 horas. Se le realizó una laparotomía exploradora con un diagnóstico preoperatorio de peritonitis. Se encontró un gran tumor retroperitoneal que afectaba a la raíz del mesenterio hasta la pelvis, desplazaba al riñón derecho, con dos nódulos satélites mediales a ciego, el intestino delgado estaba desplazado por la masa tumoral sin infiltración de la luz intestinal, con pared de la masa adherida al meso, gran cantidad de necrosis y absceso, peritonitis, fibrina sobre intestino delgado, estómago normal, hígado sin LOES palpables, líquido libre y colon sin signos de perforación y desplazado por el tumor. Se procedió a drenaje del absceso y necrosis tumoral, lavados de la cavidad abdominal; se dejó hemostático en la cavidad tumoral, se envió biopsia intraoperatoria y se dejaron tres drenajes.

Anatomía Patológica señaló que se trataba de un tumor de estirpe epitelial de alto grado citológico a tipificar en diferido y se descartó el linfoma. Posteriormente el estudio microscópico e inmunohistoquímico arrojó diagnóstico de tumor del seno endodérmico. Tras la intervención

se explicó a la familia el mal pronóstico del tumor, que la cirugía era de carácter paliativo para tratar el proceso agudo, que no era un tumor resecable y que debido a la gravedad del paciente se le trasladaba directamente a la UCI.

El paciente ingresó en la UCI. Se procedió a expandir y mantener la sedoanalgesia. Se celebraron consultas con otros especialistas y tras comunicar a la familia el infausto pronóstico, se acordó limitar el esfuerzo terapéutico y facilitar medidas de confort. El paciente falleció sin recuperar la conciencia debido a un fracaso multiorgánico a las 10:20 horas del 27 de junio de 2014. Los diagnósticos que constan en el informe de alta de la UCI fueron: shock séptico de origen abdominal, peritonitis secundaria a perforación de víscera hueca, tumor epiteliode infiltrante de alto grado pendiente de informe definitivo de Anatomía Patológica, disfunción renal aguda, limitación de esfuerzo terapéutico y éxitus.

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

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se incorporaron al expediente la historia clínica y los informes de la atención que le fue prestada al paciente en el centro hospitalario. La FJD informó que la asistencia sanitaria se había prestado en virtud del concierto con la Consejería de Sanidad en el desempeño de la atención sanitaria pública.

Los informes que se incorporaron fueron los siguientes:

- Informe de 10 de julio de 2015, de la médica que atendió al paciente la primera vez que acudió al centro de salud (folio n° 362).

- Informe 16 de julio de 2015, de la médica de familia que atendió al paciente en las siguientes ocasiones que acudió al centro de salud (folios n° 363-364).

- Informe del Jefe de Servicio de Cirugía General y Digestiva, de 15 de septiembre de 2015 (folio n° 366).

- Informe de los dos Jefes de Servicio de Radiología, de 21 de septiembre de 2015 (folio n° 367).

- Informe del Jefe de Servicio de Medicina Interna de 7 de septiembre de 2015 (folios n° 368-370).

En estos informes se señalaban las medidas adoptadas en el tratamiento del paciente.

En los informes de Atención Primaria se manifestaba que el paciente consultó por dolor lumbar sin referir síntomas en otra localización. Al no ceder el dolor con la analgesia pautaada, se cambió el tratamiento, se solicitó una radiografía de la columna lumbar y se pidió interconsulta a traumatología, que pidió una resonancia magnética. No aceptó hacer reposo domiciliario.

El Servicio de Cirugía General y Digestiva dio cuenta de la laparotomía exploradora realizada el 26 de junio y que, tras los hallazgos encontrados, se informó a la familia del mal pronóstico del tumor, que no era resecable.

El Servicio de Radiología informó de las biopsias realizadas, la primera guiada por TAC y la segunda por ecografía, y constatándose previamente la ausencia de asas intestinales o líquido.

El Servicio de Medicina Interna informó que acudió a su servicio por un dolor de seis semanas de evolución y con un TAC realizado en Urgencias que evidenció una gran masa retroperitoneal con extensa necrosis central que se extendía desde la tercera porción duodenal (comprimida y desplazada), infiltraba la vena cava, desplazaba las asas intestinales, obstruía el uréter derecho y presentaba líquido libre intraabdominal. El diagnóstico fue voluminosa neoplasia retroperitoneal a descartar linfoma o sarcoma. Para determinarlo se realizaron dos biopsias guiadas, la última de las cuales se informó como sugestivo de tumor del seno endodérmico, que es una tumoración maligna extremadamente rara, de mal pronóstico y derivada de células germinales. Su localización primaria retroperitoneal es aún más rara, por lo que las líneas de tratamiento no están claramente determinadas. Concluía diciendo que la actuación del Servicio fue diligente ya que se pusieron los medios para llegar a un diagnóstico de la naturaleza del tumor lo antes posible, para lo que se fueron solicitando las pruebas diagnósticas pertinentes (biopsias percutáneas, biopsia quirúrgica), de forma sucesiva cuando la información derivada de las ya realizadas no fue concluyente para llegar a un diagnóstico histológico preciso.

Por su parte, el completo informe de la Inspección Sanitaria, de 14 de diciembre de 2015 (folios n° 678 a 687 del expediente administrativo), concluyó que *“no existe evidencia de que la atención prestada haya sido incorrecta, inadecuada o negligente. El personal sanitario que atendió al paciente siguió siempre los procedimientos más adecuados a su estado clínico aplicando todos los medios diagnósticos y terapéuticos disponibles en relación con la patología que presentaba y la evolución de su proceso”*, conclusión a la que llega tras el análisis de varios aspectos que detallaba.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se evacuó el oportuno trámite de audiencia. En las alegaciones presentadas

el 23 de marzo de 2016 se centran los reproches y se critica el informe de la Inspección Sanitaria y sus conclusiones.

Se denuncia que hubo retraso diagnóstico en el centro de salud al no interpretar correctamente los signos que se evidenciaron en la radiografía y que podrían haber llevado a realizar una exploración abdominal -que finalmente no se produjo- que detectase la masa tumoral que albergaba. Y, a diferencia de la Inspección Sanitaria, consideran que ese retraso no fue irrelevante.

Además se censura la inexistencia de consentimiento informado para la segunda biopsia sin que pueda considerarse que el prestado para la realizada el día 17 de junio sirva también para la practicada el 23 de junio.

Resalta, sin embargo, la afirmación de la Inspección Sanitaria – *“aunque la patología que presentaba el paciente tenía muy mal pronóstico incluso a corto plazo, el empeoramiento que se presentó, así como la causa que lo produjo, indudablemente acortaron su vida”* para evidenciar que el fallecimiento del paciente no fue por la patología por la que fue ingresado sino por la perforación, que acortó indudablemente su vida, por lo que hubo una pérdida de oportunidad.

El 19 de junio de 2016 la secretaria general del SERMAS por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución que contestó a cada uno de los reproches realizados por los reclamantes y desestimó la reclamación al considerar que en el proceso asistencial no hubo mala praxis, por lo que el fallecimiento no podía imputarse a una inadecuada actuación de los profesionales del sistema público madrileño.

CUARTO.- El 30 de septiembre de 2016 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 a la letrada vocal Dña. María Dolores Sánchez Delgado que formuló y firmó la correspondiente propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 3 de noviembre de 2016.

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, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, está regulada 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 las reclamaciones presentadas en junio de 2015, 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.

En cuanto a la legitimación activa, cabe diferenciar los reproches contenidos en la reclamación. Por un lado, reclaman por el fallecimiento de su esposo, padre, hijo y hermano por una mala praxis médica evidenciada en el retraso diagnóstico y en la perforación que se produjo al realizar una biopsia. En cuanto a este aspecto, ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, ya que sufren el daño moral causado por el fallecimiento de su familiar. La esposa además ostenta legitimación activa para sostener la acción de responsabilidad patrimonial en nombre y representación de su hijo menor en virtud de la representación que le viene atribuida por el artículo 162 del Código Civil. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los reclamantes con el fallecido mediante la presentación de las respectivas fotocopias de los Libros de Familia.

Además, se reprocha a la Administración Sanitaria la defectuosa información suministrada al paciente con carácter previo a las biopsias realizadas el 17 y el 23 de junio de 2014. En la historia clínica sí consta el documento informado para la cirugía urgente a la que se sometió (folios 673 y 674) y para la punción aspiración con aguja fina (folio nº 671) en la que consta como uno de los riesgos posibles la perforación de vísceras huecas, misma complicación que puede producirse en la punción con aguja gruesa.

Debemos, no obstante, afirmar que los interesados carecen de legitimación activa para reclamar por este concepto.

Respecto de la legitimación para instar el resarcimiento de los daños producidos por defectos del consentimiento informado, esta Comisión ya ha indicado, entre otros, en los dictámenes 46/16, de 28 de abril y 166/16, de 9 de junio, que el perjuicio derivado de una posible irregularidad en este ámbito constituye un daño moral que, como tal, tiene carácter personalísimo y, por tanto, intransmisibile a los herederos.

Así 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. Este mismo carácter de daño moral predicable del perjuicio derivado de la privación de la posibilidad de decidir de forma voluntaria y consciente su sometimiento a una intervención quirúrgica ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así, en la STC 37/2011, de 28 de marzo, señala que en los referidos casos se inflige “(...) *un daño moral que nace per se por el mero hecho de obviar al paciente una información que le es debida, incluso si se prueba que la intervención fue correcta y necesaria para mejorar la salud del enfermo*”.

El Tribunal Constitucional considera que la privación de la posibilidad de decidir de forma voluntaria y consciente su sometimiento a una intervención quirúrgica es una vulneración de la integridad física y moral del paciente. Y, precisamente, por tratarse de un daño infligido al paciente, no cabe que los familiares lo reclamen ya que carecen de legitimación activa para ello.

Ha de hacerse una última consideración en relación con la representación de los reclamantes. La primera reclamación que se

presentó el 18 de junio de 2015 no aparece firmada. La segunda reclamación, de idéntico contenido, la firma una abogada y acompaña en documento aparte un documento privado en el que los reclamantes le otorgan su representación.

Conviene aclarar, no obstante, como ya hemos indicado en anteriores ocasiones –así, el Dictamen 399/16 de 8 de septiembre o el Dictamen 430/16, de 29 de septiembre, entre otros-, que, si bien es cierto que, en el ámbito privado, el artículo 1710 del Código Civil establece que el mandato puede ser expreso o tácito, y que el expreso puede otorgarse en documento público o privado, y aún de palabra, en el ámbito del procedimiento administrativo, el artículo 32 de la todavía vigente LRJ-PAC es muy explícito al exigir la acreditación de la representación. Se infiere así que los documentos privados no cumplen el requisito de fehaciencia impuesto por la normativa de procedimiento administrativo, tal como, por ejemplo, se indicó en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 1 abril de 2004 (Rec. 109/2003), que confirmaba una resolución administrativa en la que no se admitía la representación otorgada a un abogado mediante documento privado.

Aun así, como quiera que la Administración ha entrado a conocer el fondo del asunto sin reparar en la deficiente acreditación de la representación, 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 la representación se acredite en forma adecuada.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico de la FJD, en virtud del concierto suscrito entre el citado centro hospitalario y la Comunidad de Madrid. En este punto cabe indicar que es imputable a la Administración

sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (valgan por todos los dictámenes 211/12, de 11 de abril y el más reciente 13/15, de 21 de enero), asumiendo la reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las Sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004, Sala de lo contencioso- Administrativo, Sección 8ª) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª).

Respecto 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). En el presente caso, fueron presentadas sendas reclamaciones los días 18 y 25 de junio de 2015. Dado que el paciente falleció el día 27 de junio de 2014, la reclamación se ha presentado en plazo.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental. Así, de acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se han recabado informes de los Servicios implicados y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria que obra en el expediente.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a los reclamantes de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC, que formularon alegaciones.

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. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada Ley 39/2015, y que, en términos generales, coincide con 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 la 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 la 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”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título,

una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

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

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19/5/2015, 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 dicho sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que *"(...) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras*

especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.

En este caso, el daño es el fallecimiento del paciente cuyo parentesco con los reclamantes queda acreditado mediante las copias de los Libros de Familia aportados y que constituye un “*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.

Ahora bien, para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, no basta con acreditar la existencia de un daño, sino que es necesario acreditar que éste se halla relacionado, cuando de la asistencia sanitaria se trata, con una actuación contraria a los principios de la *lex artis ad hoc*, que procedemos a analizar.

Según los reclamantes, el paciente sufrió un retraso diagnóstico porque en el centro de salud no le exploraron el abdomen tras los signos radiológicos que hacían aconsejable dicha exploración y que podía haber evidenciado la masa tumoral que albergaba. Y reprochan también la perforación de viscera hueca que se produjo tras la realización de la biopsia con una aguja gruesa, riesgo que no fue consentido por el paciente y del que no fue debidamente informado.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente, debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación.

A este respecto hemos de subrayar que los reclamantes no aportan prueba alguna que sustente su alegación de mala praxis.

Como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso 154/2013) *“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”,* recordando el especial valor del informe de la Inspección Sanitaria que aunque *“(...) no constituye prueba pericial en sentido propiamente dicho, sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del Médico Inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.*

Por ello, ante la falta de prueba aportada por los reclamantes es necesario acudir a los informes médicos obrantes en el expediente, y singularmente al de la Inspección Sanitaria.

En relación con la asistencia prestada en el centro de salud, manifestaba que en la historia constaba que el paciente solo refirió dolor lumbar (no aparecía ninguna referencia a náuseas ni a dolor abdominal) y aunque las imágenes radiológicas se observaban algunos rasgos (vísceras con contenido aéreo desplazadas hacia la periferia, borrado de una de las líneas del psoas, etc.) que deberían haber propiciado una exploración abdominal, señalaba que en la exploración abdominal realizada en el Servicio de Urgencias de la FJD, 18 días después, no se detectó el tumor, que solo fue descubierto al realizarle un TAC. Y añade que, en todo caso, el retraso diagnóstico fue irrelevante puesto que el tumor no experimentó un crecimiento significativo como evidenciaba la comparación de los resultados del TAC realizado el 14 de junio y los resultados del TAC del 26 de junio, tras el que se informó a la familia que el tumor era irresecable.

Explicó también que el tumor que presentaba el paciente era un tumor de seno endodérmico o saco vitelina, que es una neoplasia de células germinales tipo no germinoma. Era un tumor maligno, muy agresivo y de mal pronóstico y que solo pudo ser diagnosticado mediante la toma de biopsias mediante dos punciones: la primera, con aguja fina, no arrojó resultados concluyentes, por lo que fue necesario hacer una segunda biopsia con aguja gruesa.

En cuanto a la perforación de víscera hueca, el informe de la Inspección razonó que, aunque no constaba fehacientemente que se hubiera producido una perforación de víscera hueca durante la punción del día 23 de junio ya que no presentó síntomas de empeoramiento significativo hasta la tarde del día 25 y no se detectó ninguna víscera perforada durante la intervención del día 26, la sintomatología que desarrolló el paciente a partir de la tarde del día 25 -su rápido empeoramiento y la aparición de un cuadro de abdomen agudo, peritonitis y neumoperitoneo- sugieren que se produjo la perforación.

Por otro lado, el riesgo de sufrir una perforación de vísceras huecas puede producirse aun desplegando la mayor pericia y la técnica adecuada y así está descrito en los documentos de consentimiento informado para este tipo de pruebas. En este caso, no consta indicio alguno de que haya habido mala praxis, ni de que se empleara una técnica inadecuada o que se obviara alguna precaución imprescindible durante el procedimiento.

Ello lleva a la Inspección Sanitaria a concluir que *“no existe evidencia de que la atención prestada haya sido incorrecta, inadecuada o negligente. El personal sanitario que atendió al paciente siguió siempre los procedimientos más adecuados a su estado clínico aplicando todos los medios diagnósticos y terapéuticos disponibles en relación con la patología que presentaba y la evolución de su proceso”*.

A falta de otro criterio médico hemos coincidir con su informe, que, como ya hemos dicho, obedece a criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad tal y como ha declarado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de febrero de 2016 (recurso 459/2013) y, por tanto, hay que rechazar el reproche de los reclamantes, no respaldado por prueba alguna.

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 al 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 3 de noviembre de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 500/16

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid