

Dictamen nº: **508/16**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **10.11.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 10 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 Dña. M.I.S.G. en relación con el fallecimiento de D. A.S.M. (en adelante, el paciente) por el retraso diagnóstico del cáncer de colon que no detectaron ni su médico de Atención Primaria ni los médicos del Hospital Universitario Ramón y Cajal (en lo sucesivo, HURyC).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de enero de 2016 Dña. M.I.S.G presentó en el registro de una Oficina de Atención al Ciudadano –con entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 15 de enero- una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicitaba una indemnización por el fallecimiento de su padre, de 85 años de edad, debido al retraso en el diagnóstico del cáncer de colon que no fue detectado oportunamente por los diversos médicos que le atendían y que degeneró en metástasis en el hígado, los pulmones, el peritoneo y los ganglios y le condenó a muerte antes de tiempo.

En su encendido escrito de reclamación relata que ya en unos análisis realizados el 30 de septiembre de 2013 aparecía la GGT elevada, la CPK ligeramente elevada, el CEA elevado y la vitamina B12 elevada pero que los médicos –“*no siempre atentos ni diligentes, no siempre humanos ni respetuosos*”- fueron incapaces de detectar el cáncer de colon –“*lo dejaron morir sin hacer nada a tiempo*”- y le obligaron a pasar por la tortura de una “*paliza de pruebas*” e incluso por una cirugía by pass femoropoplíteo el 20 de noviembre de 2014 de la que parece cuestionar su oportunidad dado que tenía un cáncer terminal y le quedaban cuatro meses de vida. Denuncia que sus tres últimas hospitalizaciones (noviembre de 2014, enero de 2015 y marzo de 2015) le robaron salud, fuerzas y meses de vida y que su padre, aún con sus múltiples dolencias a las que combatía de forma voluntaria, debería estar con ella todavía si los médicos hubiesen sido diligentes.

Solicitaba por ello una indemnización que no cuantificaba y presentaba diversa documentación médica relativa a la asistencia sanitaria prestada a su padre.

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

El paciente, de 84 años, tenía múltiples patologías de las que era atendido por distintos profesionales: había sufrido dos ictus, tenía hipertensión, hipertrrofia ventricular izquierda en tratamiento farmacológico, diabetes mellitus insulinodependiente, dislipemia e hiperuricemia, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, macroangiopatía diabética, y había pasado por varias intervenciones quirúrgicas: herniorrafia inguinal izquierda, colecistectomía laparoscópica, cataratas y glaucoma.

Para el control de su diabetes fue atendido por Endocrinología, Cirugía Vascular del HURyC y por la Unidad de Patología Endotelial

(Medicina Interna). Esta unidad realizó una analítica de control de los múltiples factores de riesgo cardiovascular el 30 de septiembre de 2013, en la que se detectó una elevación moderada de la enzima hepática GGT, una ligera elevación del marcador tumoral CEA (antígeno carcinoembrionario), CPK ligeramente elevada asintomática y vitamina B12 elevada -secundaria a suplemento exógeno-. Se pidió una ecografía abdominal, se recomendó hacer analítica en tres meses y derivar a gastroenterología para completar el estudio (folios 190 a 193 del expediente administrativo).

La analítica fue valorada por el médico de Atención Primaria el 8 de noviembre de 2013. En la historia se anotó: *“Eco abdominal en febrero de 2014. Está cansado, no quiere más controles por ahora. Hacer analítica en enero y valorar derivación a digestivo”* (folio nº 851). También se anotó: *“Rev. en 3m de AP con perfil hepático, renal, y B12 y HbA1c. Derivar a gastroenterología x CEA elevado. Rev en patología endotelial en nov 2014 con analítica”* (folio nº 835).

En enero de 2014 se reagudizó su patología vascular periférica provocándole claudicación intermitente severa, dolor de reposo y una úlcera en quinto dedo del pie derecho que le obligó a acudir a curas continuas de enfermería en Atención Primaria y de Cirugía Vascular hospitalaria.

El resultado de la Ecografía abdominal de fecha 4-2-2014 no evidenció alteraciones significativas (folio nº 752).

El 31 de marzo de 2014 en consulta de Atención Primaria, debido al problema severo vascular y a los perfiles glucémicos que presentaba, se le ofreció tratamiento con insulina rápida, que implicaba controles diarios pero el paciente lo rechazó (folio nº 836).

La patología vascular se agravó en octubre de 2014, con bloqueo femoro-poplíteo y una lesión en el quinto dedo del pie derecho, por lo que se solicitó una arteriografía. En noviembre se diagnosticó “*isquemia crítica IV/IV MID*” por lo que el 20 de noviembre de 2014 se realizó una intervención de By-Pass femoropopliteo MID. Ni en la exploración ni en la anamnesis el paciente mostró síntomas relacionados con otra patología distinta a la vascular.

En la revisión de 11 de noviembre de 2014 en la Unidad de Patología Endotelial se anotó en la historia clínica que la familia no confirmaba que hubiera sido valorado por Gastro. Había perdido 2 kilos y no presentaba estreñimiento (folio nº 186). Se pidió nueva analítica de la muestra extraída ese mismo día, un TAC y una colonoscopia urgentes, que se habrían de realizar ingresado.

El 5 de diciembre de 2014 acudió a Urgencias por astenia, anorexia y mareo en relación con tratamiento con levofloxacino. Refirió que tras la intervención tenía malestar progresivo, debilidad, náuseas con algún vómito escaso, dolor abdominal difuso con ritmo intestinal conservado y molestias urinarias. Tras la exploración y las pruebas complementarias según la sintomatología que presentaba se diagnosticó como fracaso renal agudo en probable relación con excesivo control tensional, resuelta al alta (folios nº 776-778).

El 9 enero de 2015 se repitieron los marcadores tumorales que resultaron alterados: CEA muy elevado y CA 19.9 elevado ligeramente, PCR muy elevada atribuible a patología intercurrente, GGT y fosfatasa alcalina elevadas, CPK corregida, vitamina B12 muy elevada. Se volvieron a solicitar nuevos marcadores tumorales y se prescribió Colonoscopia y TAC abdominal (folio nº 189).

El paciente ingresó del 14 de enero de 2015 al 30 de enero de 2015 para estudio. A su ingreso estaba asintomático, sin fiebre, ni ictericia, no presentaba dolor abdominal espontáneo, nausea,

vómitos, ni tenía alteración del ritmo intestinal. Sólo refería pérdida de 5 kg de peso en los últimos dos meses acompañado de pérdida de apetito, astenia y ánimo decaído. En la exploración se apreció el abdomen blando y depresible, ruidos hidroaéreos positivos, hepatomegalia 2 traveses dolorosa, Murphy +, sin signos de irritación peritoneal. Se realizaron varias pruebas: un TAC de torax-abdomen-pelvis (informado como neoplasia en el ciego con afectación adenopática supra e infradiafragmática, implantes peritoneales, afectación hepática secundaria y dudosa afectación pulmonar secundaria); una colonoscopia (que evidenció una neoplasia de ciego, pólipos sésiles en ángulo hepático y divertículos en el sigma); un enema opaco (diagnóstico: proceso neoformativo ceco-válvula ileal) y una panendoscopia que reveló una hernia de hiato y una esofagitis péptica de grado A (folios 729 a 731).

El paciente presentó deterioro de la conciencia por posible encefalopatía hepática con posibles metástasis pulmonares. Fue valorado por el Servicio de Cirugía pero dado que no había obstrucción se desechó la intervención ya que el tratamiento inicial para ese tumor es la quimioterapia.

El Servicio de Oncología Médica, dada la situación del paciente (pluripatología, deterioro clínico desde el ingreso, edad avanzada, comorbilidad, situación funcional, enfermedad neoplásica avanzada), desestimó el tratamiento sistémico -que además no sería curativo sino solo paliativo-, lo que se explicó a la familia (folio nº 729).

En el Servicio de Cuidados Paliativos -al que fue remitido por el Servicio de Medicina Interna- se decidió, junto con la familia, la continuidad de los cuidados en el domicilio y seguimiento domiciliario (folios nº 760-761).

Posteriormente ingresó en la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Santa Cristina el 17 de marzo de 2015, donde falleció el 22.

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), y se requirió a la reclamante para que acreditara su relación de parentesco con el paciente así como la concreción de la indemnización que solicitaba, lo que se cumplimentó mediante la aportación del libro de familia y la cuantificación de la indemnización en no menos de 53.922,76 €.

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 a lo largo de todo su proceso: del Servicio de Medicina Interna, de 13 de marzo de 2016 (folios 779-780); del Servicio de Oncología Médica de 2 de marzo de 2016 (folio nº 782); de la médica que dirigió el proceso asistencial en su centro de salud, de 29 de febrero de 2016 (folios nº 785-788); de la Unidad de Cuidados Paliativos, de 17 de marzo de 2016 (folio nº 933) y del Servicio de Cirugía General y Digestivo, de 18 de marzo de 2016 (folio nº 938). También fue requerido el informe de la Inspección Médico-Sanitaria (folios nº 940-945), de fecha 13 de abril de 2016, que concluyó que la asistencia sanitaria prestada fue acorde con la clínica que presentaba el paciente y que prácticamente era imposible sospechar el proceso neoplásico abdominal ya que no se refirió patología alguna al respecto.

En el informe del Servicio de Medicina Interna se señaló que el paciente estaba en seguimiento en el servicio desde marzo de 2011 y que en todos los controles se piden marcadores tumorales; que en septiembre de 2013 los marcadores fueron ligeramente elevados pero

al ser su estado clínico normal, sin estreñimiento y con la hemoglobina en rangos normales, se recomendó remisión a su especialista de Digestivo y repetición de la analítica en tres meses; que en la revisión de noviembre de 2014 no se aseguró por la familia la revisión en el Servicio de Digestivo y se pidieron nuevos marcadores tumorales que se informaron en enero de 2015, y al estar elevados, se ingresó al paciente y se le hicieron varias pruebas hasta alcanzar el diagnóstico de adenomacarcinoma de ciego con metástasis hepáticas y probablemente pulmonares que no se consideró susceptible de tratamiento quirúrgico ni oncológico por los correspondientes especialistas y se derivó a la Unidad de Cuidados paliativos.

La médica que atendió al paciente en el centro de salud señaló que tras los análisis de septiembre de 2013 en los que los marcadores tumorales estaban alterados, el Servicio de Medicina Interna recomendó una ecografía (que se hizo en febrero de 2014), repetir la analítica en tres meses y derivar al Servicio de Gastroenterología pero que el paciente rechazó la derivación al estar cansado de tanta prueba. A principios de 2014 comenzó con mayores problemas de isquemia vascular de los que fue atendido en reiteradas ocasiones, sin que el paciente comentara los resultados de la ecografía ni pidiera la analítica que tenía pendiente, ni consultase por síntomas intestinales. Afirmaba que era responsabilidad de los pacientes y/o de sus allegados asistir a las revisiones programadas y realizarse las pruebas complementarias que se le indicaran.

El Servicio de Cirugía General informó que el adenocarcinoma de colon con metástasis a distancia estaba clasificado en estadio IV y, dado que no había obstrucción, el tratamiento de elección debía ser quimioterápico y no quirúrgico.

El Servicio de Oncología Médica señaló que con el diagnóstico que tenía el paciente y su pluripatología, su avanzada edad y su deterioro clínico no se recomendó tratamiento sistémico -que en este caso solo sería paliativo y no curativo- ya que el tratamiento solo tiene sentido cuando los beneficios de su aplicación superan los riesgos y en este caso, en su situación de fragilidad, la potencial toxicidad del tratamiento y sus efectos adversos le aportarían más perjuicios que beneficios.

El Servicio de Cuidados Paliativos manifestó que facilitó los cuidados paliativos domiciliarios.

Para la Inspección Sanitaria, tras relatar la asistencia prestada y recoger los informes de los distintos Servicios implicados, hizo unas breves consideraciones médicas sobre la diabetes, la enfermedad vascular periférica, la cirugía by-pass y el cáncer colorrectal y sus síntomas, y señaló que en sus fases precoces es un proceso asintomático. Asumía las consideraciones del Servicio de Medicina Interna y de la médica de Atención Primaria que señalaban que los resultados de la analítica de septiembre de 2013 podían darse también en enfermedades benignas y que lo que procedía era repetir la analítica en tres meses y derivar al paciente al Servicio de Digestivo, pero que el paciente, cansado de tantas pruebas, se negó y no recordó solicitar la analítica. Concluyó que la asistencia sanitaria había sido acorde con la clínica que presentaba el paciente y que prácticamente era imposible sospechar el proceso neoplásico abdominal al no existir sintomatología alguna porque cursó de forma totalmente asintomática hasta que la extensión (metástasis hepáticas) y las alteraciones muy significativas de los marcadores tumorales hicieron que se sospechase el cuadro, que fue confirmado por colonoscopia, y que reveló un adenocarcinoma *in situ*, lo que pudo motivar la falta de sintomatología abdominal en los meses previos.

Concluida la instrucción del procedimiento, se confirió trámite de audiencia a la reclamante, que en sus alegaciones insistió en que había habido retraso diagnóstico del cáncer de ciego porque se infravaloraron los resultados analíticos y su médico de Atención Primaria ni le derivó al Servicio de Digestivo ni le solicitó la analítica de marcadores tumorales recomendada por el Servicio de Medicina Interna y así se dejó evolucionar una enfermedad que podía haber sido diagnosticada antes, por lo que considera que existió una pérdida de oportunidad.

El 21 de septiembre de 2016 la secretaría general del SERMAS, por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución que desestimó la reclamación al considerar que la asistencia no había sido negligente y que no se abandonó al paciente.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad de 30 de septiembre de 2016 -con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 6 de octubre de 2016-, se formuló preceptiva consulta.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente, registrada con el nº 556/16, a la letrada vocal Dña. M.^a 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 10 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 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 la reclamación presentada el 5 de enero de 2016, 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.

La reclamante está legitimada activamente al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC ya que sufre 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. Además, se ha acreditado en el expediente debidamente la relación de parentesco que ligaba a la reclamante con el fallecido.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El 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, el *dies a quo* es el 22 de marzo de 2015, fecha en la que consta acreditado el fallecimiento del paciente, por lo que la reclamación presentada el día 5 de enero de 2016 se habría formulado en el plazo de un año que marca el texto legal.

No se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se han recabado informes a los Servicios implicados, de acuerdo con el artículo 10 del RPRP, y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria.

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

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en sentencia de 16 de marzo de 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 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 existe 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 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.- En el presente caso, la reclamante denuncia que hubo retraso diagnóstico del cáncer de ciego que padecía su padre porque tras los marcadores tumorales realizados en septiembre de 2013 y que resultaron elevados, su médico de Atención Primaria ni le

derivó al Servicio de Digestivo, ni le solicitó una nueva analítica de marcadores tumorales recomendada por el Servicio de Medicina Interna, ni se hicieron otras pruebas complementarias hasta enero de 2015, por lo que se dejó evolucionar una enfermedad que podía haber sido diagnosticada antes, por lo que considera que existió una pérdida de oportunidad.

Por tanto, en este caso la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios. La determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al diagnóstico de la enfermedad, y si los facultativos implicados en el proceso asistencial del enfermo actuaron conforme a la *lex artis*, se convierte en la cuestión a examinar.

Para evaluar la corrección de una concreta práctica médica hay que estar a la situación y síntomas del momento en que se realiza ésta. Ello se traduce en que se deben aplicar a los pacientes todos los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento. Esta obligación de medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta cada paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación 2228/2014) destaca: “*Así es, la asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone*”.

En este punto, tanto la médica de Atención Primaria como el Servicio de Medicina Interna señalan que los resultados de los marcadores tumorales de septiembre de 2013, sin otra sintomatología asociada, no eran indicativos de una enfermedad

neoplásica sino que podía también responder a una patología benigna. Por eso, el Servicio de Medicina Interna recomendó control por su médico de Atención Primaria, la repetición de la analítica tumoral y la derivación al Servicio de Digestivo. La Inspección Sanitaria no se pronunció al respecto sino que asumió estos informes.

Según los datos constatados en la historia clínica el paciente no presentaba sintomatología digestiva asociada a la alteración de los marcadores tumorales pero, cuando menos, debieron seguirse las recomendaciones del Servicio de Medicina Interna. Al respecto, la médica de Atención Primaria señaló que no se derivó al paciente al Servicio de Gastroenterología porque estaba cansado de tantas pruebas, que era responsabilidad de los pacientes realizarse las pruebas que se le indicaran y acudir a las revisiones programadas y que en este caso ni el paciente ni su familia solicitaron la derivación al Servicio de Gastroenterología.

En la historia clínica, tras la consulta de 8 de noviembre de 2013 en que se valoraron los resultados de la analítica de 30 de septiembre de 2013, se anotó lo siguiente:

“Eco abdominal en febrero de 2014. Está cansado, no quiere más controles por ahora. Hacer analítica en enero y valorar derivación a digestivo” (folio n° 851).

En ese momento el paciente rechazó la derivación porque no quería más pruebas y el plan previsto en su centro de salud era repetir la analítica en enero y, según los resultados, valorar la derivación.

Y se anotó en la historia: *“Rev. en 3m de AP con perfil hepático, renal, y B12 y HbA1c. Derivar a gastroenterología x CEA elevado. Rev en patología endotelial en nov 2014 con analítica”* (folio nº 835).

Pues bien, a los tres meses, centrada la asistencia en la patología vascular que presentaba sintomatología más palmaria y evidente y que obligó al paciente a acudir al centro de salud en repetidas ocasiones, no se repitió la analítica de los marcadores tumorales, ni se derivó al paciente a Gastroenterología. Ciento es que son los pacientes los que deben encargarse de solicitar las citas para los especialistas que se indiquen y para la realización de las pruebas que se prescriban pero para ello deben ordenarlas los facultativos, por lo que, en este caso, en enero de 2014 debió ser el facultativo del centro de salud el que prescribiese la analítica indicando los valores tumorales que debían analizarse y después haber prescrito la derivación al Servicio de Gastroenterología, en su caso.

Ello determinó que el diagnóstico se alcanzase cuando la enfermedad estaba claramente avanzada, en su último estadio, y que de haberse realizado la analítica y la derivación en enero de 2014 la enfermedad tal vez podría haberse diagnosticado más tempranamente y hubiera podido estar en un estadio menor, lo que habría implicado la posibilidad de aplicar un tratamiento distinto y otras expectativas de vida.

Ello determina la presencia de una perdida de oportunidad en la posibilidad de un resultado distinto, por cuanto la omisión de la analítica y de la derivación al Servicio de Gastroenterología ya acordadas por la Administración sanitaria –pero no ordenadas– hubieran podido conducir a un diagnóstico precoz de la enfermedad. Por ello, existió una infracción de la *lex artis* que no debió soportar el paciente, con independencia de que no se haya podido acreditar que ante un diagnóstico precoz el resultado hubiera sido sustancialmente diferente, o no, en términos cuantitativos.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2016 (recurso 2630/2014)

"En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente".

QUINTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RPRP, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados, lo que debe hacerse, por expresa indicación del artículo 141.3 LRJAP-PAC, con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

Para valorar el daño causado en la “pérdida de oportunidad”, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recuerda que 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. Hay que valorar

dos elementos de difícil concreción como son el grado de probabilidad de que se hubiera producido el efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de este mismo (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3º, de 19 de octubre de 2011 (recurso de casación nº 5893/2006) y de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación nº 2755/2010), y sentencia, Sala 4ª, de 3 de diciembre de 2012 dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 815/2012).

No obstante, no cabe pasar por alto tampoco que el paciente rechazó en noviembre de 2013 la derivación al Servicio de Gastroenterología y la repetición de los marcadores en ese momento y que en la revisión del Servicio de Medicina Interna en noviembre de 2014, se ordenaron nuevos marcadores tumorales, un TAC y una colonoscopia con carácter urgente que no consta que el paciente se realizara ni los solicitara. Dicha actitud, lejos de implicar la responsabilidad exclusiva de la víctima, como pretende la Inspección Sanitaria, hasta el punto de tener virtualidad suficiente para excluir la responsabilidad de la Administración, debe servir para minorar la indemnización en atención a la concurrencia de culpa del paciente pero sin olvidar que la mayor responsabilidad recae en la Administración que no cumplió con las exigencias de vigilancia y observación de la patología que hemos expuesto anteriormente.

Desde esa perspectiva y partiendo de la dificultad que supone valorar la pérdida de oportunidad para fijar una indemnización en este caso, y que las posibilidades de un buen resultado se veían condicionadas dadas las circunstancias del paciente: -pluripatología importante, deterioro, avanzada edad-, por lo que consideramos razonable fijar una indemnización global y actualizada de 5.000 €.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer a la interesada una indemnización de 5.000 euros.

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 10 de noviembre de 2016

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 508/16

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid