

Dictamen nº: **70/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **28.02.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 28 de febrero de 2019, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su padre, D. que atribuye al error de diagnóstico de un tumor cerebral en el Hospital Universitario La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae de causa del escrito de reclamación formulado por la persona citada en el encabezamiento de este dictamen, presentado el 18 de octubre de 2016 en el Servicio de Atención al Paciente del Hospital Universitario La Paz.

El reclamante detalla en su escrito que en el mes de marzo de 2015 su padre fue atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario La Paz y fue diagnosticado de estado de embriaguez. El interesado sostiene que lo que en realidad padecía su progenitor era un tumor cerebral que no le fue diagnosticado a pesar de que acudió en

diversas ocasiones al Servicio de Urgencias, donde se persistió en el diagnóstico de embriaguez y alteración del comportamiento.

Por lo expuesto el reclamante solicita una indemnización en cuantía que no concreta.

Consta que a requerimiento del instructor del procedimiento el reclamante aportó certificaciones del Registro Civil para acreditar la relación de parentesco con el fallecido tanto del propio reclamante como de su madre y sus dos hermanos a quienes dice representar en la reclamación de responsabilidad patrimonial (folios 9 a 13 del expediente).

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

El familiar de los reclamantes, de 45 años de edad en el momento de los hechos, el 17 de marzo de 2015 fue encontrado por un miembro de su familia con desorientación temporal y espacial, lenguaje incoherente y agitación. Fue atendido por los servicios de emergencia extrahospitalaria, que confirmaron la situación anterior y objetivaron restos hemáticos en la cavidad oral del paciente, atribuyéndolos a un probable episodio convulsivo.

Ese mismo día el familiar de los interesados fue visto en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario La Paz. Como motivo de ingreso se hizo constar “*agitación psicomotriz*” y en el apartado de antecedentes “*sin interés. Consumidor habitual de alcohol*”. El paciente presentaba agitación psicomotriz, refería dolor lumbar y negaba el consumo de ninguna sustancia, salvo paracetamol e ibuprofeno.

Se realizó exploración física; una analítica, de la que cabe destacar una creatincinasa (CK) de 404, una lactatodeshidrogenasa de 484 y una

leucocitosis de 21.300; una gasometría venosa; una RX de tórax con resultados normales y un ECG sin alteraciones de la repolarización.

También se realizó un TAC craneal que se informó como: “*Ampliación de las cisternas laterocerebelosas en probable relación con atrofia cerebelosa. En la región basal de la zona media derecha se aprecian dos focos de hiperatenuación que podrían ser de origen artefactual, sin poder descartar por completo contusiones hemorrágicas. En la convexidad parietal derecha alta se observa un aumento mal definido de atenuación cortical con borramiento de los surcos corticales adyacentes, que podría estar en relación con pequeña área de contusión hemorrágica. No hay aparentes signos de sangrado extraaxial. No se aprecian líneas de fractura*”.

Ante la presencia de acidosis metabólica grave con GAP osmolar elevado y con las alteraciones neurológicas descritas se interpretó la situación clínica del paciente como probable intoxicación por alcohol no etílico (metanol o etilenglicol).

El familiar de los reclamantes precisó intubación orotraqueal y quedó ingresado en la Unidad de Cuidados Intensivos.

Se le trató mediante diálisis y aportación de alcohol etílico intravenoso así como ventilación mecánica en la UCI.

Según las hojas de evolución clínica, el 18 de marzo fue extubado. Se mostraba consciente, colaborador y no recordaba nada de lo que había pasado. La exploración era normal excepto un aumento de creatinina desde valores normales a su ingreso, el día anterior, hasta 2,58, de manera que se anotó “*parece muy extraño tras diálisis*”. A las 13 horas del mismo día la cifra de creatinina había aumentado a 3,04 por lo que se confirmó fallo renal agudo en fase poliúrica, figurando entre interrogatorias las palabras tóxico y etilenglicol. El paciente

seguía negando ingesta de cualquier sustancia extraña en su domicilio. En la analítica de las 18:00 horas la creatinina seguía aumentando 3,39 y a consecuencia de una creatinfosfocinasa (CPK) de 3.832 UI/L fue diagnosticado de rabdomiólisis.

El 20 de marzo el familiar de los interesados presentaba una poliuria de 7.500 cc/24 horas sin repercusión clínica ni analítica y la CPK tenía un valor de 8.949 UI/L. En la exploración física llamó la atención una importante quemosis conjuntival bilateral, por lo que se consultó al Servicio de Oftalmología.

El 22 de marzo el paciente continuaba poliúrico. Se disminuyó el aporte intravenoso y mejoró la diuresis. También se retiró el bicarbonato para la alcalinización de la orina. El familiar de los reclamantes pasó a cargo del Servicio de Medicina Interna.

El día 23 de marzo el paciente pidió el alta voluntaria. Consta en la historia clínica (folio 564 del expediente) que los facultativos le insistieron en que permaneciera ingresado para completar el estudio y por su propia seguridad, pero el paciente se negó de forma reiterada a seguir ingresado.

En el informe de alta figuran como diagnósticos los siguientes: “*Probable intoxicación por alcohol no etílico. Agitación psicomotriz. Dudosa crisis comicial. Acidosis metabólica grave. Insuficiencia renal aguda resuelta. Rabdomiolisis*”.

El 25 de marzo el padre de los reclamantes volvió al Servicio de Urgencias por un dolor intenso en la región dorsal. En la exploración física se apreció hemorragia conjuntival, dolor a la palpación en región paravertebral dorsal izquierda y ligera debilidad de extremidades izquierdas. En la analítica realizada ese día se mostraba un número de plaquetas elevado (440 por 103/ μ L), una CPK elevada de 684 UI/L, un fibrinógeno de 528 y una proteína C reactiva de 11,7 mg/L. La cifra de

leucocitos era normal. Se realizó radiografía dorsal en la que se apreció pérdida de altura del 50% de los cuerpos vertebrales dorsales 10 y 11, probablemente por fractura. Osteoporosis y pérdida de altura generalizada. Fue diagnosticado de fracturas vertebrales dorsales, por lo que se realizó interconsulta a la Unidad de Columna de Rehabilitación, decidiéndose el alta a domicilio el 26 de marzo con tratamiento analgésico y ortopédico mediante ortesis dorsolumbar semirrígida durante tres meses y reposo en cama.

El paciente acudió de nuevo al Servicio de Urgencias el 24 de abril por presentar molestia cervical mecánica sin fiebre ni vómitos. En la exploración física se apreció hemorragia conjuntival. El resto normal. Fue dado de alta el mismo día con el diagnóstico de cervicalgia y se pautó control en su centro de salud.

El 11 de mayo de 2015 el paciente volvió a Urgencias por cefalea holocraneal mal definida, que le despertaba del sueño con fotofobia pero sin sonofobia, asociado a dolor cervical y retroauricular, de dos semanas de evolución. El paciente refirió que el dolor había ido aumentando de intensidad, desde que se fue de alta voluntaria de la UCI, y sensación distérmica.

Se realizó TAC cerebral sin y con administración de contraste intravascular, y se comparó con estudio previo del 17 de marzo. En lóbulo parietal derecho, se identificó lesión ocupante de espacio sólida, heterogénea, con centro necrótico y realce periférico en anillo tras la administración de CIV, siendo sus diámetros mayores de 21 x 27 mm. Estos hallazgos eran compatibles con tumor primario de estirpe astrocítica como primera posibilidad. Se recomendó completar el estudio con resonancia magnética cerebral programada.

En la RMN que se le practicó el mismo 11 de mayo se informó como “*lesión parietal derecha intraaxial con captación en anillo con*

restricción a difusión central que asociaba importante edema vasogénico circundante con marcado efecto de masa y signos de herniación subfascial y transtentorial descendente. Esta lesión desde el punto de vista de la imagen podría estar en relación con absceso cerebral como primera posibilidad, dada la restricción a la difusión y el llamativo edema vasogénico, no obstante no se puede descartar totalmente que se trate de una tumoración de alto grado con importante necrosis central”.

El 13 de mayo el familiar de los reclamantes fue trasladado al Servicio de Neurocirugía, donde se descartó intervención quirúrgica urgente pero sí programada, llevándose a cabo el día 18 de mayo. El informe de anatomía patológica intraoperatorio reflejó la presencia de un tumor primario gliar de alto grado. Probable glioblastoma. El informe microscópico definitivo recoge la existencia de un tumor intraaxial parietal: Glioblastoma (astrocitoma grado IV de la clasificación de la OMS). El 23 de mayo fue dado de alta.

El familiar de los reclamantes recibió tratamiento de quimioterapia y radioterapia, así como tratamiento corticoide y anticonvulsivante, si bien el paciente empeoró progresivamente a pesar del tratamiento y falleció el 11 de agosto de 2016.

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

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del familiar de los reclamantes del Hospital Universitario La Paz (folios 14 a 712 del expediente).

Se ha emitido informe por el coordinador del Servicio de Urgencias del referido centro hospitalario. En el citado informe se analizan las distintas asistencias prestadas por dicho servicio y se concluye que las

actuaciones en Urgencias en todo momento fueron correctas teniendo en cuenta los motivos de consulta que el paciente presentaba, y que en ningún caso se alcanzó el diagnóstico de intoxicación etílica, dándose unos diagnósticos acordes al proceso y sintomatología que el familiar de los reclamantes presentaba en ese momento.

Obra en los folios 733 y 734 una consulta realizada por la Inspección Sanitaria dirigida al laboratorio de Urgencias del Hospital Universitario La Paz en relación con la conservación de los sueros de determinadas analíticas del familiar de los reclamantes con el objetivo de saber si resultaba posible estudiar cuál de las tres isoformas del CK dio lugar a una elevación tan importante coincidiendo con el cuadro tóxico del paciente. Además la Inspección Sanitaria muestra su interés en conocer si el mencionado laboratorio realiza el estudio de la cantidad de etilenglicol en sangre.

Consta en el folio 736 el informe emitido por el jefe de Análisis Clínicos del Hospital Universitario La Paz en el que manifestó que las muestras no se tenían almacenadas pues solamente se conservaban 4-5 días. Añade que si hubieran dispuesto de las mismas, la medición de isoformas (isoenzimas) de la CK no es una técnica que se realice en el hospital aunque podría haber sido posible remitirla a un laboratorio de referencia en caso de que hubiera sido necesario. Además destaca que tampoco miden las isoformas de forma individual. Por último aclaró que en el hospital no se mide etilenglicol en ninguno de sus laboratorios.

También figura en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria que tras examinar la historia clínica del paciente fallecido, los informes emitidos en el curso del procedimiento y efectuar las oportunas consideraciones médicas, señala que teniendo en cuenta que el familiar de los reclamantes *“siempre negó la ingesta de ningún tóxico, así como que no presentó cristales de oxalato en el sedimento urinario y la acidosis metabólica fue con anión GAP normal en todas las*

determinaciones, es probable que el cuadro clínico urgente que presentó el 17 de marzo de 2015 no se debiera a una intoxicación por alcohol no etílico (metanol o etilenglicol) sino que posiblemente se tratara de un síndrome paraneoplásico debido a un cuadro de citotoxicidad producido por las citoquinas y proteínas de la fase aguda del proceso inflamatorio que el astrocitoma, ya presente, provocaba". Añade que la cifra de CPK alta (de hasta 8.999 UI/L, siendo normal entre 39 y 308 UI/L) se puede relacionar tanto con la convulsión, que sí parece que tuvo, como con el daño cerebral producido a raíz de la convulsión o por el daño tisular producido por el propio tumor y señala que "*lo ideal habría sido poder conocer si era de origen muscular o cerebral, pero no se solicitó*".

En cuanto a las fracturas vertebrales que el paciente presentó, la Inspección Sanitaria entiende que puede considerarse que eran patológicas, ya que no había traumatismo previo y pudieron deberse al efecto de las citoquinas. Señala que las mencionadas fracturas, unidas a la osteoporosis, ambas patologías detectadas el 26 de marzo, coincidieron con unas alteraciones analíticas "*que deberían haber llamado más la atención, sobre todo teniendo en cuenta el cuadro clínico por el que el paciente ingresó en la UCI una semana antes*".

La Inspección Sanitaria indica que el escáner cerebral que se le practicó el 17 de marzo indicaba en el lóbulo parietal derecho, en la misma localización del astrocitoma que se le diagnosticó el 11 de mayo, "*la presencia de algo*" y que el hecho de que el 23 de marzo el paciente solicitara el alta voluntaria "*pudo colaborar a que el diagnóstico del tumor cerebral se retrasara, aunque cuando dos días más tarde, volvió a Urgencias por dolor a nivel dorsal, se debería haber buscado la etiología de las fracturas vertebrales que se le diagnosticaron, teniendo en cuenta que se trataba de una persona de 46 años sin motivos para tener osteoporosis generalizada ni antecedentes de contusión. Además tenía altas tanto la proteína C reactiva como la velocidad de sedimentación*".

Por todo lo expuesto la Inspección Sanitaria concluye que, al contrario de lo afirmado por los reclamantes, su familiar “*nunca fue diagnosticado de embriaguez sino de intoxicación por alcohol diferente a etanol*” y que es probable que el cuadro clínico que el paciente presentaba el 17 de marzo se debiera a la presencia del astrocitoma en el lóbulo parietal derecho y que los síntomas y signos que presentaba en la citada fecha no estuvieran provocados por intoxicación por alcohol no etílico.

Consta en los folios 748 a 763 un informe médico pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud en el que se concluye que “*no hubo retraso diagnóstico*” y si hubo posibilidad de un diagnóstico precoz “*no fue posible por la solicitud de alta voluntaria del paciente*”. Además indica que “*en cualquier caso, el desenlace habría sido el mismo dada la agresividad del tumor*”, pues explica que el glioblastoma multiforme es un tumor de alto grado de malignidad con mal pronóstico a pesar del tratamiento correcto y precoz. El informe añade que en las visitas posteriores al Servicio de Urgencias “*no constan quejas de síntomas neurológicos, por lo cual no estaba justificado solicitar pruebas de imagen cerebral*”. Por último señala que en ninguno de los informes de Urgencias figura “*estado de embriaguez*” como origen del cuadro de acidosis metabólica.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia, si bien no consta que los reclamantes formularan alegaciones en el trámite conferido al efecto.

Finalmente el 27 de diciembre de 2018 el viceconsejero de Sanidad, formula propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que la asistencia sanitaria dispensada al familiar de los reclamantes no puede ser catalogada de mala praxis en base a las consideraciones formuladas por el informe médico pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud

CUARTO.- El 21 de enero de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 28 de febrero de 2019.

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 indeterminada, y a solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC, dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación formulada con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de

octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público(en adelante, LRJSP), en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su esposo y padre. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los interesados con el fallecido mediante certificado del Registro Civil.

No obstante se observa que uno de los hijos del paciente fallecido formula su reclamación también en nombre de su madre y sus hermanos, si bien no consta que los mismos hayan conferido su representación al firmante del escrito de reclamación. Conviene aclarar, 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 5 de la LPAC es muy explícito al exigir la acreditación de la representación. 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.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende se atribuye a la asistencia prestada por personal médico del Hospital Universitario La Paz integrado en la red sanitaria pública madrileña.

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

la LPAC). En el presente caso, ocurrido el fallecimiento del familiar de los reclamantes el día 11 de agosto de 2016, cabe entender presentada en plazo la reclamación formulada el 18 de octubre de ese mismo año.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se han recabado informes de los servicios médicos implicados en la asistencia del familiar de los reclamantes en el Hospital Universitario La Paz. 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.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución que ha sido remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

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

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: “*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, “en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria 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, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha “lex artis” respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.”.

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 recuerda la Sentencia de 6 de octubre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid RC 32/2017, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que “(...) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito

patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.

En este caso no cabe duda a tenor del expediente examinado que el daño es el fallecimiento del familiar de los reclamantes 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.

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

Los reclamantes imputan el daño a la actuación del Hospital Universitario La Paz al que reprochan haber cometido un error de diagnóstico, pues su familiar padecía un tumor cerebral que le llevó al fallecimiento el 11 de agosto de 2016 y sin embargo cuando acudió al Servicio de Urgencias en marzo de 2015 fue diagnosticado de “*embriaguez*”, persistiendo en dicho diagnóstico en las ocasiones sucesivas en que el paciente acudió al hospital.

En primer lugar conviene precisar que según consta en la historia clínica y corroboran todos los informes médicos que obran en el expediente, el familiar de los reclamantes en ningún momento fue diagnosticado de “*embriaguez*”, como aducen los interesados, sino que el diagnóstico que se alcanzó fue de intoxicación por alcohol no etílico

(metanol o etilenglicol) debido a la acidosis metabólica que se detectó al paciente durante el ingreso del mes de marzo de 2015.

Partiendo por tanto del diagnóstico que efectivamente se produjo en la citada fecha, el informe de la Inspección Sanitaria pone de manifiesto una serie de datos clínicos presentes en el paciente en ese momento que, a su juicio, evidencian que el cuadro que presentaba el familiar de los reclamantes no venía provocado por la intoxicación por alcohol no etílico que se diagnosticó. Así destaca que el paciente refirió no haber ingerido ningún tóxico, no presentaba cristales de oxalato en el sedimento urinario y la acidosis metabólica se presentaba con anión GAP normal en todas las determinaciones. Además el familiar de los interesados presentó una cifra de CPK elevada y en el TAC realizado en la citada fecha de marzo de 2015 mostró ciertos hallazgos en el lóbulo parietal derecho (donde después se localizó el tumor). Para la Inspección Sanitaria todos los datos expuestos evidencian que probablemente se tratara de “*un síndrome paraneoplásico debido a un cuadro de citotoxicidad producido por las citoquinas y proteínas de la fase aguda del proceso inflamatorio que el astrocitoma, ya presente, provocaba*”.

Tanto para la Inspección Sanitaria como para los especialistas que han informado a instancias de la compañía aseguradora del SERMAS se debería haber profundizado en el estudio para filiar las contusiones cerebrales y la etiología de la acidosis, si bien ambos coinciden en señalar que el alta voluntaria solicitada por el familiar de los reclamantes influyó en que dicho estudio no pudiera ser realizado y por tanto impidió que se pudiera alcanzar un diagnóstico más precoz.

Ahora bien, los citados informes discrepan en cuanto el seguimiento posterior del paciente, pues el informe pericial del SERMAS destaca que en las asistencias posteriores en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario La Paz (los días 25 de marzo y 24 de abril) el

familiar de los reclamantes no manifestó queja de síntomas neurológicos, por lo que no estaba justificado solicitar pruebas de imagen cerebral. Sin embargo el citado informe no toma en consideración ni por tanto da explicación alguna respecto a datos clínicos que para la Inspección Sanitaria tienen especial relevancia como son que un paciente de una edad de 46 años no tenía motivos para presentar osteoporosis generalizada ni existía contusión previa que justificase las fracturas vertebrales. Además la analítica realizada el 25 de marzo presentaba cifras elevadas tanto en la proteína C reactiva como en la velocidad de sedimentación. Para la Inspección Sanitaria dichos datos implican que se debería haber buscado la etiología de las fracturas vertebrales, lo que implica una omisión de medios, y a esta conclusión debemos atender dada la relevancia que en línea con la jurisprudencia solemos otorgar al criterio de la Inspección Sanitaria, ya que su fuerza de convicción deviene de su profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes (así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2018 (recurso 768/2016)).

En este caso, por tanto, podemos concluir que en la asistencias al Hospital Universitario La Paz no se realizaron las pruebas diagnósticas que en su caso podría haber llevado a un diagnóstico más precoz de la enfermedad, y si bien en la primera asistencia dicha omisión podría estar justificada por la solicitud de alta voluntaria del paciente, no lo estaría sin embargo en las posteriores, si tenemos en cuenta no solo el antecedente del ingreso en el mes de marzo sin haber completado estudio (que se hizo constar en las dos asistencias posteriores, la primera dos días después del alta voluntaria) sino también la sintomatología que presentaba en las referidas asistencias del 25 de marzo y 24 de abril, con datos clínicos que no resultaban fácilmente explicables, según la Inspección Sanitaria, y que obligaban a un estudio más profundo de la etiología de la enfermedad. En definitiva dicha falta

de estudio supuso una pérdida de oportunidad para el familiar de los interesados, pues si el estudio se hubiera realizado, como sostiene la Inspección Sanitaria, quizás el glioblastoma podría haber sido detectado de manera más temprana y el paciente podría haber tenido un más rápido tratamiento y tal vez una mejor evolución.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de noviembre de 2018 (recurso 703/2016), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos de pérdida de oportunidad “*el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera*” y añade “*constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una falta de servicio*”.

QUINTA.- Procede pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

En este caso en el que valoramos una pérdida de oportunidad, hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, que normalmente resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetaura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo. Como señala el Tribunal Supremo (así Sentencia de 27 de enero de 2016), en la

pérdida de oportunidad hay “*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 los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, tiene señalado esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en nuestros Dictámenes 146/17, de 6 de abril, y 340/18 de 19 de julio, que 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.

En este caso, cabe considerar que las mencionadas expectativas eran muy pequeñas, pues según ha informado la Inspección Sanitaria, se trataba de un tumor muy agresivo y mal pronóstico, con un promedio de vida desde su diagnóstico, a pesar del tratamiento, entre 12 y 18 meses. Si a lo dicho se suma que el retraso que hemos considerado que se puede imputar a la Administración, no es muy alto, pues apenas alcanza los dos meses, y que el tratamiento no habría diferido del que se aplicó, se considera adecuado reconocer una cantidad global y actualizada de 2.000 euros para los reclamantes, si bien deberá requerirse previamente al firmante del escrito de reclamación para que acredite la representación que ostenta de sus familiares.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer a los interesados una indemnización por una cantidad global y actualizada de 2.000 euros para los reclamantes, si bien deberá requerirse al firmante del escrito de reclamación para que acredite previamente la representación que ostenta de sus familiares.

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 28 de febrero de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 70/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid