

Dictamen nº **106/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **20.03.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de marzo de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por M.A.F.M., M.R.F.M., P.F.M., A.F.M. y J.F.M. (en adelante, *“los hermanos reclamantes”*) y por la Congregación A (en adelante, *“la congregación religiosa reclamante”*), sobre daños y perjuicios derivados de la falta de diagnóstico de un cáncer de pulmón a B.F.M. (en adelante, *“la paciente”*), durante la asistencia sanitaria prestada en la Fundación B para la retirada de material de osteosíntesis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de febrero de 2012 se presentó en el registro del Servicio Madrileño de Salud, solicitud de indemnización económica formulada por un letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en nombre de los hermanos y de la congregación religiosa reclamante, en que ponían de manifiesto que, el 28 de febrero de 2010, había sido trasladada a la Fundación B con el objeto de ser atendida de una fractura triple de húmero. Tras la realización de diversos análisis y pruebas diagnósticas (entre ellos, un TAC en el hombro), se decidió intervenirle

quirúrgicamente, hecho que tuvo lugar de un modo exitoso en el hospital de referencia el 9 de marzo siguiente, implantándole una placa de fijación.

Dada de alta al día siguiente, se le indicó realizar rehabilitación y volver a revisión en seis semanas. Conforme a dicha indicación, pasó consulta de revisión el 19 de abril, previa realización de una radiografía de control (de la que exponían no disponer de más datos) cuyo resultado fue calificado como “*satisfactorio*” por el personal facultativo interviniente, citándola para revisión en otras cinco semanas. El 24 de junio se le dio de alta en Rehabilitación.

Siguen relatando los reclamantes que, ya el 31 de agosto, la paciente fue atendida por el Servicio de Medicina Interna de la Fundación B por una cefalea inespecífica de un mes de evolución, con síntomas de mareo y cansancio, solicitándose cita preferente en Neurología para el mes de septiembre.

El 3 de septiembre acudió a una nueva revisión de su fractura del hombro, realizándose pruebas analíticas y una radiografía de la que también expresaban carecer de mayor información; asimismo, ponían de manifestó que, en la referida consulta, la paciente aportó una radiografía realizada anteriormente y un escáner. A la vista de todas las pruebas se decidió proceder a la retirada del material de fijación, a cuyo efecto, ya el 15 de septiembre, se realizaron las pruebas preoperatorias pertinentes a la paciente, que había sido incluida en lista de espera quirúrgica. En particular, llaman la atención los reclamantes sobre una radiografía posteroanterior y lateral de tórax, de la que tampoco disponen, pero sí del informe correspondiente, en el que se exponía que, al comparar las radiografías actuales con las obtenidas hace unos meses, “*se observa un infiltrado en campo superior izquierdo que ya se observaba de menor*

tamaño entonces y afectación pleural parietobasal, todo ello muy sugestivo de un proceso neoplásico”.

El 24 de septiembre se llevó a cabo la intervención quirúrgica para extracción del material de osteosíntesis, liberación y movilización, siendo citada para cura ambulatoria a los tres días y el 29 de octubre para revisión en Traumatología y Cirugía Ortopédica. Comenzó igualmente nuevo tratamiento rehabilitador tras la intervención quirúrgica; no obstante, la paciente tuvo que abandonarlo pasados veinte días al *“encontrarse mal”*. En el mismo período (según la reclamación) tuvo que acudir en dos ocasiones al Servicio de Urgencias de la misma Fundación B por disnea, siendo dada de alta en ambas ocasiones tras ser explorada al *“no encontrarle nada”*.

Recalca el representante de los reclamantes que, *“ante la falta de respuesta en la Fundación B”* la paciente acudió el 18 de octubre de 2010 a la Clínica C, donde, en vista de la insuficiencia respiratoria que presentaba, se le ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos. Permaneció ingresada hasta el 30 de octubre, estableciendo el correspondiente informe que, mediante Angio-TAC, se había objetivado un derrame pleural masivo izquierdo y nódulos pulmonares, y que, remitido el material a Anatomía Patológica, las pruebas confirmaban el padecimiento de un *“adenocarcinoma de origen probable en pulmón”*.

Añaden que en resonancia magnética cerebral realizada el 22 de octubre (la reclamación, por error, data estas pruebas el 22 de noviembre) se confirmó la existencia de afectación metastásica, en TAC de tórax *“masa pulmonar en LSI con nódulos pulmonares bilaterales y afectación adenopática, torácica generalizada”* y *“lesión lítica en escápula izquierda probablemente metastásica”* y en TAC de abdomen *“lesión metastásica ósea, adenopatías adyacentes a la unión gastroesofágica y en ligamento*

gastrohepático-retroperitoneo, así como lesiones metastásicas suprarrenales bilaterales”, es decir y en palabras de los reclamantes, “un cáncer de pulmón con metástasis generalizada”, según datos todos ellos recogidos en informe de 29 de octubre, de la Clínica C, del que se adjuntaba copia.

Relata la reclamación los diversos tratamientos de radioterapia y quimioterapia a que fue sometida en la Clínica C con resultado infructuoso, ya que el 15 de mayo de 2011 falleció a consecuencia del *“adenocarcinoma pulmonar estadio IV en progresión”*.

Tras aludir a la queja presentada por la paciente ante la Fundación B por la falta de diagnóstico de su enfermedad a pesar de haberle realizado radiografías de pulmón en que aquélla debía haberse puesto de manifiesto, y de la respuesta dada por su jefe de Servicio de Atención al Paciente, los reclamantes enfatizan el número de hasta cuatro pruebas radiológicas realizadas con fechas 10 de marzo, 19 de abril, 3 a 6 y 15 de septiembre, y resaltan que el informe radiológico de esta última fecha se hacía referencia (mediante un juicio comparativo) a la constancia de un proceso neoplásico ya en las primeras radiografías.

Consideran que, en una buena praxis médica, se debería haber diagnosticado la dolencia de la paciente ya tras las primeras radiografías, y que ello debería haber derivado en la puesta en marcha del tratamiento oportuno. De haber sido diagnosticada la fatídica enfermedad en aquellos momentos, hubiera sido posible a su juicio cambiar el curso de los acontecimientos, ya que, al no presentar todavía en aquellas fechas síntomas externos, es de suponer que su estadio de desarrollo era mucho más precoz que el objetivado en el mes de octubre de 2010, ya en la Clínica C.

Asimismo, lamentan que en las visitas a Urgencias, de 25 de septiembre y 17 de octubre, a causa de disnea, no se tomara la precaución de realizar una radiografía de tórax a la paciente.

Solicitan ser indemnizadas por las consecuencias de aquel error médico. En cuanto a los hermanos reclamantes, solicitan un importe total de 81.634,87 euros por el fallecimiento de la paciente, así como 2.022,40€ a título de herederos por los gastos de consumo de oxígeno pagados por la religiosa difunta durante su tratamiento en la Clínica C.

Por lo que se refiere a la congregación religiosa reclamante, dan cuenta de haber tenido que afrontar los gastos de asistencia en la Clínica C al tener la religiosa voto perpetuo de pobreza, por un importe de 43.442,52 euros.

La suma total reclamada ascendía así a los 127.099,79 euros.

Aportaban con su reclamación copia escrituras de poder para pleitos, escritura de aceptación y adjudicación de herencia, numerosos informes médicos relativos al seguimiento y evolución de la paciente primero en la Fundación B y luego en la Clínica C, y facturas correspondientes a la atención sanitaria recibida en este último centro.

SEGUNDO.- Recibida la reclamación, por acuerdo de 23 de febrero de 2012, de la jefa de Área de Normativa y Régimen Jurídico del Servicio Madrileño de Salud, se informó a los reclamantes de la normativa reguladora de su reclamación, así como del sentido y plazo del posible silencio administrativo.

Nombrado instructor, por acuerdo de 24 de febrero puso en conocimiento del Hospital Fundación B la existencia de la reclamación, solicitándole la remisión del historial clínico e informe sobre los hechos.

Mediante escrito de 13 de julio, el gerente de la Fundación B solicitó se tuviera por personada a ésta en el procedimiento, manifestando que la paciente había sido asistida por personal de la Fundación B en virtud del concierto vigente con la Comunidad de Madrid. Asimismo, daba cuenta de haber puesto la reclamación en conocimiento de la aseguradora del hospital. Se acompañaban a dicho escrito informes de Traumatología, de Anestesiología y de Urgencias del hospital.

El jefe de Servicio de Traumatología, con fecha 30 de marzo de 2012, informaba:

“Que la paciente fue atendida en este centro después de sufrir una caída el día 28/02/2010, y diagnosticada de fractura conminuta de húmero.

Que una vez realizadas las exploraciones oportunas se decide realizar tratamiento quirúrgico con reducción y fijación interna con placa e iniciando la rehabilitación que termina en junio de 2010.

En la revisión de septiembre de 2010 al comprobar la consolidación de la fractura se decide retirar el material de osteosíntesis y liberación de tejido cicatricial para mejorar la movilidad.

Durante todo este proceso, el responsable del tratamiento, no apreció otro tipo de patología en la paciente”.

Por su parte, el jefe de Servicio de Anestesiología, Reanimación y Tratamiento del Dolor, en informe no fechado ponía de manifiesto:

“La paciente (...)acudió a consulta de preanestesia tras sufrir una caída y ser diagnosticada de fractura de húmero. En esta consulta tras realizar el interrogatorio oportuno la anestesióloga que atendió a la paciente no consideró necesaria la realización de ninguna

prueba complementaria ya que se trataba de una cirugía sobre la fractura de húmero que no admitía retraso ni cambios en la indicación. De hecho la paciente fue intervenida bajo anestesia general sin ninguna complicación y el postoperatorio transcurrió con normalidad.

En cuanto a la segunda consulta de preanestesia, en la que valoraba a la paciente para una segunda intervención de retirada del material de osteosíntesis, el anestesiólogo responsable valoró a la paciente nuevamente interrogó a la paciente, haciendo hincapié en posibles cambios en su estado de salud desde la primera cirugía y dado que no se había producido ningún cambio importante y que la complejidad del procedimiento previsto era menor no consideró necesario revisar las radiografía de tórax.

Ambas valoraciones están basadas en los datos clínicos del paciente, ya que la historia clínica es básica para la toma de decisiones y solamente en el caso de dudas o de necesidad de información complementaria se solicitarán las pruebas que se consideren en cada caso”.

Y el coordinador de Urgencias, en informe tampoco datado, reflejaba:

“(...) la paciente acudió a urgencias de la Fundación B en 2 ocasiones. En ninguna de ellas hay ninguna referencia a que la paciente manifieste presentar dificultad respiratoria.

La primera vez que acudió a Urgencias el 28 de febrero fue valorada exclusivamente por el traumatólogo quien fue el que diagnosticó la fractura de húmero y solicitó un preoperatorio que incluye una Rx de tórax para que fuera valorada en anestesia

previamente a la cirugía. No se consultó en ningún momento con los facultativos de la urgencia.

En la segunda visita consultó por cefalea siendo remitida de manera preferente a las consultas de Neurología para estudio de la misma por sus antecedentes de esclerosis en placas. En ningún momento se refleja en la historia la presencia de disnea. No hay más visitas a urgencias”.

Se ha recabado también el parecer de la Inspección Médica, que, con fecha 5 de octubre de 2012, emite informe en que contrasta la asistencia sanitaria prestada a la paciente con las opiniones vertidas en diversos artículos y estudios de índole sanitario sobre los supuestos en que es necesario realizar radiografías de tórax a los pacientes que vayan a ser sometidos a intervenciones quirúrgicas en el preoperatorio. Y, tras analizar la actuación del Servicio de Anestesiología de la Fundación B, concluye:

“El seguimiento realizado por el Hospital Fundación B no fue adecuado ni acorde con la ciencia actual dada las características de la paciente.

Se evidencia una mala asistencia médica e inadecuada a la lex artis ad hoc.

Por lo tanto se evidencia la existencia de una mala praxis”.

En virtud de acuerdos de la instructora, de 17 de octubre de 2012, se concedió el trámite de audiencia a los reclamantes y a la Fundación B.

Mediante escrito presentado con fecha 12 de noviembre, el representante de las reclamantes expresó su conformidad con las consideraciones de la Inspección Médica y, en línea con las conclusiones

de ésta, reiteraba las peticiones indemnizatorias hechas valer en el escrito inicial de reclamación.

Por su parte, el director-gerente de la Fundación B, mediante escrito que tuvo entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 23 de noviembre, defendió la adecuación de la asistencia sanitaria prestada a la paciente. A dichos efectos, llamaba la atención sobre las entrevistas personales de los facultativos, tanto de Urgencias como de Traumatología y Anestesiología, con la paciente, que no permitían sospechar el padecimiento de otras enfermedades distintas a aquella por la que se le prestaba asistencia. Advertía también sobre la falta de argumentación de la reclamación sobre la pretendida relación de causalidad entre la asistencia prestada en la Fundación y el fallecimiento de la paciente, y sobre la ausencia de datos en torno al estadio de la enfermedad y la posible incidencia que en su evolución hubiera podido tener un diagnóstico más precoz. Se oponía finalmente a las indemnizaciones solicitadas, puesto que, en lo relativo a los familiares de la paciente, no especificaban el daño concreto cuya compensación reclamaban, y, con respecto a la congregación religiosa reclamante, los gastos producidos en la Clínica C obedecían a su libérrima voluntad, ya que no concurrían razones de denegación de asistencia o urgencia vital que justificaran la decisión de no afrontar el tratamiento de la enfermedad en la sanidad pública.

Con fecha 31 de enero de 2013, una licenciada en Medicina y Cirugía, especialista en Valoración del Daño Corporal, emite informe a solicitud (según expresa el propio documento en sus antecedentes) del Servicio de Responsabilidad Patrimonial del Servicio Madrileño de Salud, en que, contrariamente a lo expuesto por la inspectora médica actuante, sostiene la inexistencia de mala praxis en la atención prestada a la paciente en la Fundación B. No obstante, al entender la perito que posiblemente se hubiera solicitado su criterio con la única finalidad de que se pronunciara

sobre el alcance del daño y su traducción económica, realizaba la correspondiente valoración económica de la indemnización, que a su juicio debía limitarse a 180 días de baja no impeditiva calculados conforme al baremo de la fecha en que se emite el informe, por un importe de 6.205,32 euros. Por lo que se refiere a los gastos de la asistencia sanitaria prestada en la Clínica C, se oponía a su reconocimiento alegando razones sustancialmente análogas a las expuestas con anterioridad por la Inspección Médica.

Finalmente, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 22 de febrero de 2013, en el sentido de estimar parcialmente la reclamación patrimonial ejercitada por los hermanos reclamantes al considerar, conforme al criterio de la Inspección Médica, la existencia de una actuación contraria a la *lex artis* que la paciente no tenía la obligación jurídica de soportar. Proponía indemnizar a los hermanos de la paciente en un importe conjunto de 6.205,32 euros en atención a la imposibilidad de cuantificar las posibilidades de curación o supervivencia que hubiera tenido la paciente de haberse diagnosticado antes su enfermedad. Dicha cantidad resultaba de aplicar a 180 días de incapacidad temporal el baremo del año en que se produjo el fallecimiento, más un factor de corrección del 10%. En cambio, en cuanto a la solicitud efectuada en nombre de la congregación religiosa reclamante, sugería rechazarla de un modo absoluto teniendo en cuenta que el hecho de acudir para el tratamiento del adenocarcinoma de pulmón a una clínica privada no concertada con los sistemas sanitarios públicos de salud, respondía a una decisión propia y voluntaria de dicha entidad.

TERCERO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio de 28 de febrero de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el día 6 de marzo siguiente, formula consulta a este Consejo Consultivo y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección

VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 20 de marzo de 2013.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 14.1 de la misma ley.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 de la ley.

SEGUNDA.- Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

En cuanto a los hermanos reclamantes, por una parte, en relación al daño moral derivado del fallecimiento del ser querido en atención al vínculo de parentesco con la finada, y, por otra, en relación con los gastos

de oxigenoterapia satisfechos por aquélla en vida, por su condición de herederos. Aportan a dichos efectos la escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada ante notario del Ilustre Colegio de Castilla y León, con fecha 26 de septiembre de 2011, y el testamento abierto suscrito ante notario del Ilustre Colegio de Valladolid el 24 de julio de 2008 (folios 29 y siguientes del expediente administrativo).

Y, con respecto a la congregación religiosa también reclamante, su legitimación viene dada por la circunstancia de haber satisfecho los gastos de asistencia sanitaria de la paciente en la Clínica C.

Junto a la reclamación se aportaron sendos poderes generales para pleitos, el primero de ellos otorgado ante notario del Ilustre Colegio de Castilla y León con fecha 23 de noviembre de 2011 por los hermanos reclamantes, y el segundo ante notario del Ilustre Colegio de Madrid, de 10 de febrero de 2012, en nombre de la congregación religiosa reclamante. En ambos documentos se otorgaba a su representante en el procedimiento amplias facultades para actuar en nombre de los poderdantes ante las Administraciones Públicas. Con ello, puede entenderse acreditada la representación conforme a lo previsto en el artículo 32.3 de la LRJ-PAC.

En cuanto a la legitimación pasiva, reside en la Consejería de Sanidad no obstante el carácter privado del centro en que se produjo la asistencia sanitaria de la paciente, al haber sido facilitada en virtud de concierto entre aquélla y la Fundación B (disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC y dictámenes 428 y 656/11 de este Consejo Consultivo).

Por lo que se refiere al plazo, a tenor del artículo 142.5 de la LRJ-PAC las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, cuando se trate de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance

de las secuelas. En el caso sujeto a examen, la reclamación de responsabilidad patrimonial debe considerarse formalizada en plazo, ya que, producido el fallecimiento de la paciente (y, por tanto, la determinación del daño alegado) el 14 de mayo de 2011, la reclamación se presentó el 20 de febrero de 2012.

El órgano peticionario del dictamen ha seguido en la tramitación del procedimiento administrativo destinado al posible reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado por el RPRP.

Tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen, se han recabado informes de los Servicios de Traumatología y de Anestesiología, Reanimación y Tratamiento, así como del coordinador de Urgencias, del Hospital Fundación B. Con ello, se puede entender cumplimentada la exigencia del artículo 10.1 del RPRP en el sentido de solicitarse informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable. Del mismo modo, se ha dado cumplimiento al trámite de audiencia, regulado como garantía esencial del derecho de defensa en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

No obstante, con posterioridad al trámite de audiencia, concedido a los reclamantes y a la Fundación B, respectivamente, con fecha 17 de octubre de 2012, y con anterioridad a la propuesta de resolución, de 22 de febrero de 2013, se ha incorporado al procedimiento un informe, de fecha 31 de enero de 2013, realizado por una licenciada en Medicina y Cirugía, especialista en Valoración del Daño Corporal, en que ésta se pronuncia sobre la indemnización que debe corresponder a los reclamantes.

Tal práctica no se atiene a lo dispuesto en el artículo 84.1 de la LRJ-PAC y 11.1 del RPRP, que previenen que la audiencia de los interesados

se realice una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, y que precisamente ello se haga con información y posible obtención de copia de los documentos obrantes en el procedimiento (en este último sentido, el artículo 11.2 del reglamento citado).

La indefensión que con tal forma de proceder se produce es especialmente significativa en el caso de los hermanos reclamantes, puesto que, en su escrito de alegaciones, al no tener conocimiento más que del informe -favorable a sus intereses, en principio- de la Inspección Médica, se limitaron a adherirse a éste y ratificar su solicitud inicial de indemnización. En cambio, no tuvieron oportunidad de contrarrestar la argumentación contenida en el informe de valoración del daño corporal. Esta privación de la posibilidad de defensa no es en modo alguno irrelevante, puesto que precisamente la propuesta de resolución recoge la misma indemnización que contempla aquel informe.

Precisamente este Consejo Consultivo viene destacando en sus dictámenes la importancia del trámite de audiencia del interesado, que tiene reconocimiento constitucional en el artículo 105, apartado c), de la Constitución, y se configura como elemento fundamental del procedimiento en los supuestos en que el órgano que resuelva tenga en cuenta hechos y pruebas distintas de las manifestadas por el interesado en su escrito de reclamación (en este sentido, el artículo 84.4 de la LRJ-PAC).

Para que la omisión del trámite de audiencia pueda tener efecto invalidante es necesario, de acuerdo, entre otras, con las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2001 (RC 49/1994) y de 20 de enero de 2005 (RC 7357/2001), que se haya podido causar indefensión al interesado en el procedimiento. En el caso analizado, aunque se respete

formalmente el trámite de audiencia, no sirve para permitir la plena defensa de sus derechos e intereses en el procedimiento respecto del referido documento posterior a aquel trámite.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el procedimiento a los efectos de otorgar nuevamente el trámite de audiencia a los reclamantes y a la Fundación B, con vista del informe de valoración del daño corporal, de fecha 31 de enero de 2013, y, a la vista de sus alegaciones, en su caso, formular nueva propuesta de resolución.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 20 de marzo de 2013