

Dictamen n.º: **413/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **20.07.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 20 de julio de 2011 sobre la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por E.F.L., en adelante “*la reclamante*”, por deficiente asistencia sanitaria prestada por el Centro Sanitario de Arganda, el Hospital del Sureste y el Hospital Universitario Gregorio Marañón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 11 de enero de 2010, la reclamante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del error en el diagnóstico de un sarcoma, siendo tratado como lumbalgia. Cuantifica la indemnización en un importe de 414.290,179 euros.

Posteriormente, con fecha 29 de octubre de 2010, A.L., M.F.L. y V.F.L. han presentado escrito en el que comunican el fallecimiento de la reclamante con fecha 1 de octubre de 2010, y se personan como herederas legales y universales por ser madre y hermanas, respectivamente, solicitando la sucesión procedimental para continuar el expediente.

La Historia Clínica y restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La reclamante, con 29 años de edad a la fecha de los hechos, comienza, en agosto de 2007, con dolor lumbar por el que fue atendida en múltiples ocasiones en su Centro de Salud de Atención Primaria y en los servicios de urgencia de los Hospitales del Sureste y Gregorio Marañón. La primera vez que acude al servicio de atención primaria de Arganda fue el 21 de agosto de 2007 refiriendo dolor en la columna lumbar baja izquierda de tipo mecánico que se irradia a la pierna izquierda por la cara posterior hasta la ante pierna, donde le diagnosticaron lumbalgia.

Acude con los mismos síntomas, a los que incorpora parestesias del pie izquierdo, hasta en cuatro ocasiones más al centro de salud de Arganda hasta que finalmente el 1 de noviembre de 2007 se dirige al Servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón en donde se pone de manifiesto que lleva dos meses con dichos dolores y que empeora con el reposo, tras exploración se descartó patología que requiriese atención hospitalaria urgente.

Ante la persistencia de los síntomas acude nuevamente, hasta en tres ocasiones al Servicio de Atención Primaria y el 15 de enero de 2008, ante la persistencia del dolor en la región lumbar irradiado a la pierna izquierda acude al servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón, donde tras exploración normal le diagnosticaron de “*lumbocitalgia*” y la necesidad de control por su médico de atención primaria.

En las diversas consultas al médico de atención primaria (17 y 25 de enero, 1, 15 y 22 de febrero) la paciente refiere que no mejora de su dolor, por lo que se solicitó la realización de un TAC lumbar. El 5 de marzo de 2008 en el Servicio de urgencias del Hospital Gregorio Marañón se le realizó una radiografía de pelvis que se informa “*sin alteraciones en la*

articulación sacroilíaca izquierda”. El diagnóstico fue de dolor de características inflamatorias en la cadera, recomendando que fuera sometida a control por Reumatología.

Tras acudir en diversas ocasiones al centro de salud donde le administran inyectables de “*celestone cronodose 1M*” y siendo el TAC de la región lumbar realizado el 28 de marzo de 2008 normal, acude a consultas externas de Medicina Interna y reumatología del Hospital del Sureste el 5 de junio de 2008, donde ante la persistencia del dolor en la zona lumbar a pesar del tratamiento de diez meses de evolución, se decide la necesidad de descartar espondilitis anquilosante, para ello se solicita una analítica, una radiografía de los sacro ilíacas y la remisión al Servicio de reumatología del Hospital Gregorio Marañón. La analítica presenta “*leucocitosis con linfopenia, aumento protrombina, aumento LDH, aumento proteína C reactiva y de la inmunoglobulina M*”.

El 18 de junio de 2008 acude al servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón remitido por el Servicio de Reumatología para ingreso urgente ante la sospecha de patología lumbosacra. La paciente refiere clínica de un año de evolución de dolor mecánico en el glúteo izquierdo y aparición de masa glúteo-sacro en cuadrante superoexterno de nalga izquierda que ha ido aumentando. Refiere disminución de peso y de apetito. No tiene síndrome febril asociado, ni otro dolor óseo o articular, el dolor no cede con analgesia convencional ni se irradia a la pierna.

Finalmente, el 24 de junio de 2008 le realizan diversas pruebas diagnosticándole un tumor óseo extenso en sacro e iliaco izquierdo (sarcoma sinovial sacroiliaco izquierdo) compatible con leiomiomasarcoma.

En el tórax se visualizan varias imágenes nodulares en ambos hemotórax tanto en los lóbulos superiores como en los inferiores.

Fue intervenida quirúrgicamente, el 25 de septiembre de 2008, realizándose resección tumoral y radioterapia intraoperatoria. Durante el postoperatorio la paciente presenta un cuadro clínico de infección de la herida quirúrgica que requiere varios desbridamientos quirúrgicos y valoración por los Servicios de Cirugía Plástica y Microbiología, siendo dada de alta el 14 de noviembre de 2008.

Posteriormente fue reintervenida, el 17 de marzo de 2009, para resección de metástasis pulmonares bilaterales, seguida de 5 ciclos de quimioterapia, desde abril a julio de 2009.

Tras dichos tratamientos presentó secuelas neurológicas y psicológicas con falta de acondicionamiento físico, lesión CPE y atrofia que precisa corrección con antiequino y rehabilitación. Camina con un bastón inglés en terreno llano, y podría ir con dos bastones el resto, soliendo ir en silla de ruedas. Mediante Resolución de 30 de agosto de 2010 el Instituto Nacional de la Seguridad Social le ha reconocido el grado de incapacidad de Gran Invalidez.

En febrero de 2010 presenta recidiva local y colateral, falleciendo finalmente el 1 de octubre de 2010 en el Hospital Gregorio Marañón de Madrid.

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por el Real Decreto 429/ 1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

De conformidad con el artículo 10.1 del precitado reglamento se ha emitido informe del Coordinador de Urgencias del Hospital General

Universitario Gregorio Marañón, el cual, de fecha 12 de marzo de 2010, declara que:

“Los sarcomas son una patología muy infrecuente y de muy difícil diagnóstico, especialmente los localizados en la pelvis como el caso que nos ocupa. Tampoco la edad de presentación podría haber ayudado a su sospecha, ya que frecuentemente afecta a sujetos más jóvenes que la propia paciente.

Desgraciadamente son tumores muy agresivos y las metástasis concretamente en el que nos ocupa, por la vascularización de la pelvis acompañan al debut de dicho tumor, aunque estas no sean macroscópicas.

Lo que no produce datos que lo hagan sospechar ni clínica ni epidemiológicamente es muy difícil de sospechar.

Los medios que se disponen en las urgencias son muy limitados, se intenta actuar con protocolos que minimicen la incertidumbre, pero inevitablemente es una constante en el proceso diagnóstico que nunca se puede evitar completamente.

La realización en el ámbito de la urgencia hospitalaria de la radiología en el dolor lumbar tan solo tiene indicación ante sospecha de fractura, que no es el caso. En ocasiones y ante persistencia de dolores, si en el ámbito extrahospitalario o en consultas externas no se ha realizada se lleva a cabo, pese a su baja rentabilidad en un intento de agilizar los estudios, como se llevó en la tercera visita a la urgencia realizándose un estudio radiológico incluso más orientado a la localización del proceso que padecía la paciente (radiografía de pelvis el 5 de marzo de 2008) en el que no se encontró ningún hallazgo sugerente de tumoración ósea.

Por tanto, considero que la actuación en la urgencia fue la correcta y que no influyó en el pronóstico ni en las secuelas de la paciente ya que

desgraciadamente existen procesos de extraordinaria dificultad en su diagnóstico, haciendo imposible el diagnóstico precoz por la propia naturaleza de dichas enfermedades en su presentación”.

Consta también, informe del Jefe de Medicina Interna del Hospital del Sureste, de fecha 11 de marzo de 2010, declara que:

“Se trata de una paciente de 30 años sin antecedentes de interés que consulta el día 3 de junio de 2008 por un cuadro de 10 meses de evolución de dolor lumbar izquierdo irradiado a glúteo que mejoraba con movimiento, le despertaba por la noche y no se acompañaba de ningún otro dato en el interrogatorio dirigido. La paciente aportaba TAC lumbar informado como normal y había sido valorado por Neurología que descartaba patología radicular como causa del proceso. Recibía tratamiento con analgésico y con corticoides habiendo experimentado mejoría parcial del dolor. A la exploración las constantes eran normales y llamaba la atención dolor intenso a la palpación de la zona glútea superointerna sin otros datos patológicos.

Ante la sospecha de posible afectación sacroiliaca izquierda de características inflamatorias se solicita analítica completa, revisión en un mes y canalización a consultas de Reumatología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HGUGM). Se recomendó disminuir pauta de corticoides progresivamente. La analítica se realizó el día 11 de junio de 2008 e incluía hemograma, coagulación, bioquímica (perfil renal, hepático, tiroideo), proteinograma, inmunoglobulina, reactantes de fase aguda, autoanticuerpos, complemento y HI a B27. La paciente no volvió a revisión.

Posteriormente, con fecha 22 de octubre de 2008 existe una nota en la historia en la que se informa sobre la recepción de un fax procedente del HGUGM (fechado el 13 de octubre de 2008) en el que solicitan

acларación del motivo de derivación al servicio de Reumatología de su hospital. Se intenta contactar telefónicamente con la paciente sin conseguirlo.

En resumen y a la vista de lo expuesto creo que la actuación en consultas fue adecuada y se actuó con diligencia para intentar establecer el diagnóstico de la paciente”.

El 29 de abril de 2009 la médico que atendió a la reclamante elabora un informe sobre los hechos en el que se indica lo siguiente:

“- Con respecto a mi actuación en los hechos denunciados, la paciente acudió a mi consulta el día 21 de agosto de 2007 con cuadro de dolor en columna lumbar izquierda de tipo mecánico irradiado a cara posterior hasta antepierna, no presentaba alteración de fuerza ni sensibilidad, no refería otros síntomas de interés. A la exploración presentaba dolor a la palpación a nivel de columna lumbar izquierda paravertebral con maniobra de Lasegue dudosa positiva y deambulaba normal.

La impresión diagnóstica fue lumbalgia VS posible lumbociática primer episodio en paciente joven sin otros signos de importancia. Le pauté reposo relativo, antiinflamatorios y relajante muscular por la noche. Le doy justificante por 3 días para no ir al trabajo.

- El día 23/08/2007 acude de nuevo por dolor lumbar izquierdo. mecánico, la exploración física no había cambiado y no tenía otros síntomas importantes de interés. Doy baja laboral y pauto diclofenaco 50 cada Sh.

- El día 27/08/2007 acude a consulta para obtener parte de confirmación, refería mejoría del dolor con el tratamiento pero seguía con algo de dolor.

- El día 31/06/2007 acude a consulta para parte de confirmación y refiere dolor irradiado a rodilla y a veces nota parestesias en planta del pie izquierdo, no otras alteraciones neurológicas ni datos de interés.

A la exploración presentaba Lasegue dudoso positivo. Le aconsejo realizar fisioterapia, prolongo baja laboral y le doy volante interconsulta para Neurología para estudio y realizar pruebas complementarias.

En los días posteriores yo estaba en periodo vacacional y es atendida por otro médico del centro de salud para recoger partes de confirmación.

En este punto, destacar que el cuadro que presentaba la paciente era, según mi impresión diagnóstica, el primer episodio de lumbalgia va lumbociática en paciente joven que no manifestaba otros síntomas asociados de alarma.

La paciente mejoró con tratamiento con fisioterapia y antiinflamatorios. En el primer episodio de lumbalgia, que mejora con tratamiento, no es necesario realizar pruebas complementarias, adjunto protocolos de actuación como Documento 1.

El día 31 de agosto de 2007, es decir, sólo diez días después de la primera consulta, de la cual reitero que mostró mejoría al tratamiento indicado, le derivé a Neurología para estudio del proceso y para que le realizaran las pruebas complementarias oportunas, como podrían ser TAC. RNM, las cuales son de mejor resolución que una radiografía.

No obstante, como más adelante se expondrá, la paciente no acudió a la consulta de neurología.

- Acude a mi consulta el día 19/09/2007 refiriendo que está en tratamiento con fisioterapia con mejoría y quiere alta laboral. Doy alta, lo cual no indica en su reclamación.

- Desde que le di el alta, no acudió de nuevo a mi consulta para ser tratada por dolor lumbar hasta el día 11/01/2008 (por lo que entiendo que la fecha que indica en la reclamación del 11 de noviembre de 2007 es errónea). Ni siquiera vino a la consulta para aportar el informe de urgencias hospitalarias del día 1/11/2007 al que alude en su reclamación.

Efectivamente, el día 1/10/2007 acude a consulta por un cuadro de gastroenteritis aguda y el día 27/11/2007 por caída en el autobús al salir del trabajo con contusión lumbar que derivé a la MUTUA.

Fue en la consulta del 11 de enero de 2008 cuando me indicó que no había acudido al neurólogo, hecho que omite en su reclamación.

Le volví a dar otro parte interconsulta para el neurólogo indicándole que debía acudir. No pauté ninguna prueba complementaria por que fue remitida al especialista.

- El día 17/01/2008 acude a consulta con informe de urgencias del Hospital Gregorio Marañón con diagnóstico de lumbociática izquierda, lo cual coincidía con mi diagnóstico, y le doy de nuevo baja laboral, reposo relativo y antiinflamatorios.

- El día 25/01/2008 acude por no mejoría de todo del dolor, pauto tratamiento de zaldiar cada 8h alternando con Metamizol 575 mg, la exploración física seguía sin cambios.

- El día 15/02/2008 aporta informe de neurología, le pide TAC lumbar. Puesto que el médico especialista le había pedido TAC lumbar para estudio no consideré necesario realizar más pruebas complementarias.

- El día 22/02/2008 acude a mi consulta refiriendo mejoría y doy alta laboral, lo cual no indica en la reclamación.

A partir de ese día la paciente realiza un cambio de médico y no vuelvo a tener contacto con la paciente.

Entiendo que con los datos aportados, los cuales constan en la Historia Clínica, puede apreciarse que mi actuación con la paciente fue del todo correcta, realizando un seguimiento de la patología que presentaba, la cual aparecía y desaparecía mostrando mejorías, y derivándola al neurólogo, sin poder dar información de lo sucedido después del día 22 de febrero de 2008, fecha en la que fue dada de alta al mejorar de su situación, al cambiar de médico”.

Asimismo, consta informe clínico, de fecha 23 de abril de 2010, de la médico del Centro de Atención Primaria 1 que se hizo cargo de la misma a partir de febrero de 2008, de en el que se declara que “

Esta paciente fue adscrita a mi cupo en febrero de 2008; no obstante yo no me hice cargo de la misma hasta el 19 de marzo de 2008, fecha tras la que me incorporé tras una IT.

Ya había sido vista en Neurología, en Traumatología y siguiendo las indicaciones del traumatólogo la derivé a Reumatología con carácter preferente puesto que no se contempla la derivación urgente a Consultas Externas de una especialidad.

Informé a la paciente de la demora que existía en el Servicio de Reumatología del H.G.M.M. de 2 a 3 meses, solicité analítica con pruebas reumáticas y reactantes de fase aguda. Por las características del cuadro clínico y los resultados de la analítica me reafirmé en la convicción que debía ser valorada nuevamente por Traumatología por lo que la derivé preferente a este servicio del Hospital del Sureste, que había entrado en funcionamiento recientemente. La agenda de traumatología estaba cerrada por lo que opté por derivarla a Medicina Interna, puesto que no

había reumatología en dicho hospital, como puerta de entrada a especializada.

Si bien no dejó constancia en historia clínica hablaba con la paciente respecto a que podíamos hacer, y en alguna ocasión le sugerí derivarla a urgencias, tanto del H.G.M.M. como al Hospital del Sureste. No pareciéndole buena idea puesto que ya había acudido en varias ocasiones. Ella optó por solicitar atención especializada a través de la Mutua, sin obtener resultado. Actué con la convicción de que estaba haciendo todo lo que estaba a mi alcance con el fin de que se llegara a un diagnóstico”.

Por último, la Inspección Sanitaria ha emitido informe el 5 de julio de 2010 en el que concluye que “(...)

1º.- La asistencia prestada en Atención Primaria y servicio de urgencias, desde el inicio del cuadro, en agosto de 2007, hasta el mes de marzo de 2008, fue correcta para un cuadro de dolor lumbar inespecífico de tipo mecánico, sin signos/síntomas de alarma, con tratamiento sintomático.

2º.- En marzo de 2008, aunque tiene estudios recientes, Rx y TAC sin alteraciones, el cuadro presenta características de dolor tipo inflamatorio por lo que en este momento sí está indicado una postura más activa para hacer un diagnóstico diferencial. A partir de este momento sí se aprecia una deficiente asistencia por falta de coordinación de los distintos niveles asistenciales. La paciente fue remitida, en marzo, al hospital del Sureste donde, por carencia de recursos, no hay agenda de trauma ni existe reumatólogo, no fue atendida hasta junio en Medicina Interna, desde donde la remiten a reumatología del hospital Gregorio Marañón.

Finalmente se llega al diagnóstico del tumor el hospital Gregorio Marañón, en junio de 2008, tras acudir la paciente una vez más al servicio de urgencias de dicho hospital.

Como conclusión, no es posible definir cuánto ha podido demorar el diagnóstico esta falta de coordinación y, a su vez, en qué medida haya podido agravar el pronóstico de la paciente. El sarcoma es un tumor bastante infrecuente y de difícil diagnóstico. Su clasificación, factores pronósticos y pauta terapéutica son controvertidos. La forma más típica de presentación consiste en la aparición de una masa yuxtaarticular indolora o con dolor poco intenso, ocasionalmente con muchos meses de evolución hasta su diagnóstico definitivo (hasta incluso más de un año). Se caracterizan por la invasión local y una propensión a metástasis. En el momento del diagnóstico, cerca del 10% de los casos se presentan con metástasis, pero la diseminación metastásica posterior, se puede producir en el 25-50% de los casos”.

Tras la emisión de dichos informes se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia. El 18 de octubre de 2010 la madre y hermanas de la reclamante presentan escrito de alegaciones en el que se pone de manifiesto el fallecimiento de la reclamante y su voluntad de subrogarse en la acción ejercitada en tanto, se ratifican en las pretensiones de la reclamación inicial y denuncian que el expediente no está completo, al no haberse remitido toda la historia clínica de la reclamante del Hospital Gregorio Marañón.

Adjuntan al escrito de alegaciones copia de la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 30 de agosto de 2010 por la que se reconoce a la reclamante el grado de incapacidad de gran invalidez. Copia del certificado de defunción de la reclamante de fecha 1 de octubre de 2010 y copia del libro de familia de la reclamante.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 1 de febrero de 2011, la cual fue informada desfavorablemente por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. El Servicio Jurídico considera que debe retrotraerse el procedimiento para la subsanación del expediente administrativo solicitado y que de acuerdo con el informe de la Inspección Médica la reclamación debe ser estimada.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 15 de febrero de 2011, que tuvo entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 18 de febrero de 2011, formulo preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 23 marzo de 2011 dando lugar al Dictamen 75/11 de 23 de marzo de 2011 en el que se indicaba la necesidad de retrotraer el procedimiento para permitir que la madre y las herederas de la reclamante acreditasen su condición de herederas.

Con fecha 3 de junio de 2011 y entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 8 de junio de 2011, el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad remite nueva documentación recabada por el Servicio Madrileño de Salud a los efectos de la continuación del procedimiento y emisión del correspondiente dictamen.

Se ha incorporado al expediente el Decreto de 25 de marzo de 2011 del Secretario Judicial de la Sección 10^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por el que se admite a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la presente reclamación.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN 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 (414290,17 euros) y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

Habiendo sido evacuado el dictamen dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- Ostenta la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, por cuanto es la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Público de Salud.

Ahora bien, al haberse producido el fallecimiento de la reclamante durante la sustanciación de la reclamación, el citado Dictamen 97/ 11 de este Consejo entendió necesaria la retroacción de actuaciones para que las personas que comparecieron en el trámite de alegaciones como herederas de la reclamante pudieran acreditar dicha condición.

Por oficio de 4 de abril de 2011 el Servicio Madrileño requirió dicha acreditación presentándose, el 18 de abril siguiente, acta de declaración de herederos abintestato otorgada por el Notario del Ilustre Colegio de

Madrid P.H.F.Q. el 2 de diciembre de 2010 con el número aaa de su protocolo en la cual, el citado Notario, declara como únicos herederos abintestato de la reclamante a A.L.M. y a A.F.M., si bien hace constar que, por medio de escritura de renuncia de derechos hereditarios otorgada ante su fe el mismo día 2 de diciembre con el número bbb de su protocolo, A.F.M. renuncia a sus derechos hereditarios a favor de V.F.L., subrogándose ésta en la posición jurídica de la condición de heredero.

Por ello debe admitirse la subrogación de A.L.M. y V.F.L. en el presente procedimiento si bien debe negarse la legitimación de M.A.F.L., mencionada, tanto en el escrito de alegaciones en el trámite de audiencia como en el escrito de aportación de la documentación solicitada, al no haberse acreditado la condición de heredera de esta última respecto de la reclamante.

La Comunidad de Madrid tiene legitimación pasiva al ser la titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*. En el caso objeto de dictamen la reclamación se interpuso el 11 de enero de 2010 y el error de diagnóstico tuvo lugar desde agosto de 2007 hasta junio de 2008 en que le diagnosticaron el sarcoma. Ahora bien, atendiendo al criterio del *dies a quo* establecido en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC, al haberse producido el fallecimiento como consecuencia de una recidiva del cáncer el 1 de octubre de 2010 entendemos que la reclamación ha sido interpuesta en plazo, pues una vez se determinó el sarcoma fue intervenida quirúrgicamente en dos ocasiones, el 24 de

septiembre de 2008 para resección tumoral y el 16 de marzo de 2009 para resección de nódulos pulmonares bilaterales.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el Título X, Capítulo Primero y en la Disposición Adicional decimosegunda de la LRJ-PAC y en el RPRP. Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008-, esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

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 en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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 aunque es

imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

De acuerdo con las reglas de la carga de la prueba que en materia de responsabilidad patrimonial, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae sobre quienes la reclaman (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000–, entre otras).

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

CUARTA.- La presente reclamación se centra en considerar que hubo un retraso en el diagnóstico del sarcoma que padeció la reclamante ya que, desde que acudió por primera vez el 21 de agosto de 2007 al médico de atención primaria por dolor lumbar, no fue sino hasta el 18 de junio de 2008 cuando el Servicio de Reumatología la envía al Hospital Gregorio Marañón para ingreso urgente advirtiéndole una masa glúteo-sacra en la nalga izquierda que ha aumentado de tamaño.

Es entonces cuando se realizan las pruebas diagnósticas que determinan la existencia de un sarcoma fusocelular de alto grado compatible con leiomiomasarcoma iniciándose el tratamiento de esta patología.

La pérdida de oportunidad como causa determinante de la producción de un daño antijurídico y, por ende, justificación de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido recogida en la

Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 7 de septiembre de 2005 (Recurso 1304/2001).

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010 (Recurso nº 5927/2007) *«en la jurisprudencia de esta Sala la pérdida de oportunidad se define –entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008 (recurso de casación núm. 4776/2004) como “la privación de expectativas, (...) y 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’»*».

De igual manera, este Consejo ha admitido dicha doctrina en dictámenes como el 196/10, de 23 de septiembre y el 326/10, de 3 de octubre.

En todo caso, para que sea de aplicación dicha doctrina se exige que, como consecuencia de una deficiente actuación de la Administración se haya producido una pérdida de expectativas para el perjudicado que le hayan producido un daño. Como la práctica de la medicina no es, como ha reconocido abundante jurisprudencia, una ciencia exacta, se requiere, además, para la existencia de responsabilidad, una “*cierta probabilidad*” de que la actuación médica hubiera podido evitar el daño (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2010 (Recurso 863/2008).

Por ello, en la jurisprudencia se ha reconocido la existencia de pérdida de oportunidad en supuestos en los que un retraso importante en el diagnóstico imposibilitó la práctica de una cirugía más conservadora

(sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de marzo de 2010 (Recurso 69/2008)) y, en cambio, se ha rechazado en supuestos en los que el retraso en el diagnóstico no tuvo incidencia en la evolución de la enfermedad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de abril de 2009 (Recurso de Apelación 321/2008)).

En el presente caso, tal y como pone de manifiesto el informe de la Inspección, la actuación de los Servicios de Atención Primaria y Urgencias puede considerarse correcta desde el punto de vista de la *lex artis* dado lo inespecíficos de los síntomas que presentaba la reclamante.

Sin embargo, según dicho informe, ha existido una descoordinación entre los distintos niveles de asistencia sanitaria, primaria y especializada que determinó que, en marzo de 2008 cuando ya había características de ese dolor lumbar que aconsejaban una postura más activa a la hora de realizar pruebas diagnósticas que pudieran determinar la causa del mismo, la reclamante no fue atendida sino hasta junio puesto que fue derivada al Hospital del Sureste donde, al no existir agenda de traumatología ni Servicio de Reumatología, tuvo que ser atendida en el Servicio de Medicina Interna de dicho Hospital en el citado mes de junio, servicio que la deriva a reumatología del Hospital Gregorio Marañón.

Por ello se puede establecer que hubo un retraso de tres meses por causas ajenas a la praxis médica y que la reclamante no tenía la obligación de soportar.

El problema es determinar si ese retraso incidió en el pronóstico de su enfermedad. El informe de la Inspección a estos efectos no es en absoluto concluyente, manifestando que se trata de un tumor infrecuente y de difícil diagnóstico (que en ocasiones llega a superar el año) con metástasis ya en el mismo momento del diagnóstico en cerca del 10% de los casos pero que llegan a producir diseminación metastásica en un 25-50% .

Resulta imposible, con los datos recogidos en el expediente, pronunciarse sobre el perjuicio que le pudo producir este retraso de tres meses si bien el que dicho tumor se presente con signos excesivamente inespecíficos y la tendencia del mismo a las metástasis permite entender que la incidencia del retraso en el tratamiento y evolución posterior de la enfermedad haya sido escasa sin que se haya aportado por la reclamante, a quien le incumbía la carga de la prueba, elemento probatorio alguno sobre este particular, más allá de las afirmaciones sobre el particular contenidas en el escrito de reclamación y en las alegaciones escritas presentadas en el trámite de audiencia.

Por todo ello, siendo improcedente la cantidad reclamada por cuanto en la misma se valora la totalidad de los daños sufridos a consecuencia del tumor (días de hospitalización, días improductivos y secuelas), la reclamante únicamente tendría derecho a una indemnización por los daños morales padecidos.

Este Consejo en el Dictamen 147/09, de 16 de septiembre, ha indicado, a propósito de indemnizar un retraso en el diagnóstico que: *“Procede a continuación, de conformidad con el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la valoración de los daños morales para su cuantificación, lo que debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJ-PAC con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo, es decir, el 6 de octubre de 2005, fecha del fallecimiento del familiar de los reclamantes.*

A la hora de realizar una valoración la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global –Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676), 15 de abril de 1988 y 1 de diciembre de 1989– que derive de una “apreciación racional aunque no matemática” – Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990– pues se carece de

parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso”.

Por ello, este Consejo, ponderando el que el retraso de diagnóstico sólo consistió en tres meses y que, a la producción del daño concurrió igualmente culpa de la reclamante al dejar de acudir a citas con especialistas, valora los daños morales en 3.000 euros.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada e indemnizar a los herederos de la reclamante con 3.000 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 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.

Madrid, 20 de julio de 2011