

Dictamen nº: **486/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.07.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 26 de julio de 2012, 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 R.L.L., A.P.L. y P.P.L. (en adelante “*los reclamantes*”), sobre los daños y perjuicios causados por el retraso en el diagnóstico de un meduloblastoma a D.P.G. (en adelante, “*el paciente*”), esposo y padre, respectivamente, de los reclamantes, por parte de los hospitales Ramón y Cajal y La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El 7 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el registro del Servicio Madrileño de Salud, reclamación de responsabilidad patrimonial de los reclamantes en relación con los daños y perjuicios derivados del retraso en el diagnóstico de un linfoma cerebral por parte de los hospitales Ramón y Cajal y La Paz, y que consideran fue la causa del fallecimiento del paciente el 8 de diciembre de 2009.

2.- En su escrito inicial, los reclamantes manifiestan que el fallecido acudió el 31 de enero de 2009 al Servicio de Urgencias del Hospital Ramón y Cajal por un cuadro de mareos, acompañados de vómitos, donde le fue diagnosticado “*vértigo posicional paroxístico benigno*” y que, a

pesar de las diez ocasiones en que acudió a consulta de otorrinolaringología y de su empeoramiento, no se varió el diagnóstico.

Además censuran que no fue hasta el 13 de abril de 2009 cuando se le realizó una resonancia magnética sin contraste y destacan que fue de peñascos (oído interno) no de cráneo, y que dada su evolución fue derivado al Servicio de Neurología donde sí se le realizó una resonancia magnética esta vez con contraste, en la que se objetivó una masa cerebral diagnosticada como meduloblastoma en IV ventrículo, por lo que se decidió su ingreso para posterior intervención quirúrgica.

Posteriormente, tras diferencias de la familia con el neurocirujano implicado, el paciente fue trasladado al Hospital La Paz, dónde fue tratado con corticoides lo que redujo el tumor en un 50%, y se llegó al diagnóstico final de “*linfoma cerebral primario*”, sin metástasis.

3.- Los familiares hoy reclamantes reprochan que se pautó quimioterapia agresiva sin ser informada la familia y que en el tercer ciclo, para el que ingresó el 28 de noviembre de 2009, la situación se complicó, sin recibir de nuevo información del personal médico y se le pautó morfina contra el dolor y Clexane al descubrirse un tromboembolismo bilateral. Sólo entonces se les informó del empeoramiento del paciente y que presentaba una intoxicación grave en el organismo que “*no se sabe a qué se debe*”.

Relatan que el 8 de diciembre de 2009 se trasladó al paciente a la UVI por urgencia vital. Se comunicó a la familia la extrema gravedad y se decidió cirugía al presentar obstrucción intestinal severa y que, tras una segunda intervención, en la que el paciente presentó una parada cardiorrespiratoria (indican que no disponían de desfibrilador), falleció por un fallo multiorgánico.

4.- Solicitan una indemnización por importe de trescientos sesenta mil euros (360.000 €).

Adjuntan, junto a su escrito de reclamación, diversos informes médicos y el certificado de defunción.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

1. El 31 de enero de 2009, el paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital Ramón y Cajal por mareos y vómitos, donde le es diagnosticado "*vértigo posicional paroxístico benigno*."
2. Acude a consulta de Otorrinolaringología en diversas ocasiones, el 27 de febrero, 13, 23, y 30 de marzo.
3. El 13 de abril de 2009 se realizó resonancia magnética de cráneo, sin contraste, no detectándose alteraciones destacables en la señal ni morfología de las estructuras del oído interno, sin otros datos de interés.
4. El 23 de abril de 2009 el paciente presenta ligera inestabilidad, sin vértigo y con sensación de taponamiento en el oído derecho.
5. Es atendido de nuevo el 10 de mayo de 2009 por inestabilidad intermitente, se mantuvo el diagnóstico de vértigo y se citó al paciente en un mes, consulta a la que asistió el 4 de junio de 2009, cuando mostró mejoría, sin vértigo y sí algo de inestabilidad con taponamiento ocasional en oído derecho.
6. El 20 de junio de 2009 acudió al Servicio de Urgencias del mismo Hospital Ramón y Cajal por mareos frecuentes ya desde hace 6 meses, náusea y vómitos que no ceden y presión de oído derecho con acúfonos ocasionales de tipo pitido. Tras la exploración, se mantuvo el diagnóstico de vértigo posicional paroxístico benigno.

7. El 25 de junio de 2009 el paciente lleva otra vez seis días con episodios de vértigo posicional con cortejo vegetativo intenso, con sensación de ocupación de oído derecho, por lo que se indicó que podía ser el posible inicio de un Meniere.

8. El 23 de julio de 2009 el paciente se encontró mejor. No tuvo ninguna crisis de vértigo, sí algo de inestabilidad y algún episodio aislado de vértigo posicional con mejora del taponamiento. Se solicitaron pruebas vestibulares.

9. El 12 de agosto de 2009, es atendido en la unidad de patología vertebral del Servicio de Rehabilitación por osteofitosis C4-C5-C6-C7 y discopatía C5-C6-C7. Se pautó fisioterapia.

10. El 2 de septiembre de 2009, el paciente empeora, presentó crisis de vértigo posicional fuertes, con cortejo vegetativo, inestabilidad continua con caída hacia la izquierda, y aumento de la sensación de presión en oído derecho.

11. El 5 de octubre de 2009 exteriorizó persistencia de mareo asociado a los movimientos e inestabilidad constante. En las pruebas se apreció nistagmo espontáneo a ambos lados. Se solicitó consulta a neurología.

12. El 8 de octubre de 2009 fue atendido en consulta de Neurología, y se pidió, con carácter preferente, resonancia magnética de cráneo cervical con contraste.

13. El 9 de octubre se llevó a cabo la resonancia magnética en la que se visualizó una neoformación de 3 cm de diámetro, localizada en el suelo del IV ventrículo, siendo el diagnóstico de “*hallazgos compatibles con meduloblastoma*” como primera posibilidad diagnóstica. Es remitido al Servicio de Urgencias, donde es valorado por el neurocirujano de guardia, e ingresó a cargo de neurocirugía.

14. Tras pruebas preoperatorias se programó cirugía para el día 19 de octubre de 2009. No obstante, el 16 de octubre de 2009, el paciente solicitó alta voluntaria por discrepancias con el neurocirujano implicado en la intervención, por lo que se le trasladó al Hospital La Paz.

15. Ingresa en el Servicio de Neurocirugía del Hospital La Paz el mismo día 16 de octubre de 2009, y se inicia tratamiento con corticoides con lo que se redujo el volumen de la masa más de un 50%, con mejoría clínica.

16. El 23 de octubre de 2009 se realizó resonancia magnética de cerebro, con contraste, que mostró una disminución significativa de la lesión. Se concluyó que la evolución era sugestiva de linfoma y que prácticamente permitió descartar infarto, meduloblastoma o astrocitoma.

17. El 28 de octubre de 2009 se acudió a consulta de Hematología ante la sospecha de linfoma para la valoración de pruebas complementarias. El mismo día se realiza aspirado de médula ósea donde se observa que la población linfoide está dentro de la normalidad y no aparecen infiltrados anormales en la muestra analizada. Se solicitan PET-TAC, punción lumbar, ecocardiograma, PIC a oftalmología y se pide CVC tipo Hickman. Igualmente se le realizan numerosas pruebas ante las dudas que presentan los resultados (citometría de médula, FISH, estudios de difusión-perfusión con RM, ecocardiograma transtorácico, análisis de líquido cefalorraquídeo, PET-TAC).

18. Tras la realización de las anteriores pruebas, se asume el diagnóstico de linfoma cerebral y se inicia tratamiento quimioterápico. Dada la buena tolerancia al tratamiento y la buena situación clínica, se decide el alta hospitalaria el 7 de noviembre de 2009.

19. Tras nuevo ingreso el 12 de noviembre de 2009, se continua tratamiento quimioterápico. Dada la buena evolución, se decide alta

hospitalaria el 16 de noviembre. El 28 de noviembre ingresa para continuación del tratamiento, que se administra los días 29 y 30.

20. A partir del día 29 de noviembre el paciente presentó fiebre y deterioro progresivo de función renal, citopenias y mucositis.

21. El 3 de diciembre presentó dificultad respiratoria por lo que se le realizó angio-Tac en el que se apreció un tromboembolismo pulmonar en lóbulo medio y pirámide basal izquierda.

22. El paciente presentaba mala evolución en días siguientes con tendencia al sueño, acidosis metabólica y rectorragia.

23. En tomografía computerizada de cráneo realizada el 6 de diciembre se identifica lesión infratentorial centrada en techo de IV ventrículo sin signos de complicación.

24. El 7 de diciembre se realiza resonancia magnética con contraste en la que se observa mejoría radiológica significativa de lesión vermiana, que sugiere respuesta al tratamiento pautado.

25. El 8 de diciembre es atendido por Medicina Intensiva por presentar trabajo respiratorio. Tras la realización de TAC toracoabdominopélvico se emite el juicio clínico de shock hemorrágico+séptico, fracaso renal agudo, isquemia ileal y pancitopenia.

26. El paciente es intervenido quirúrgicamente con urgencia el 9 de diciembre por isquemia intestinal.

27. A partir del 13 de diciembre presenta empeoramiento desde el punto de vista hemodinámico, respiratorio y de nivel de conciencia que obliga a ventilar mecánicamente.

28. El 14 de diciembre se realizó TAC toracoabdominal de control con contraste, y se concluyó imagen compatible con íleo paralítico y ascitis moderada.

29. Fue valorado de nuevo por cirugía, y el mismo 14 de diciembre se realizó laparotomía exploratoria. Durante la intervención presentó parada cardiorespiratoria. Regresa a la unidad de vigilancia intensiva en situación de fracaso multiorgánico refractario y fallece a los pocos minutos de su llegada.

TERCERO.- 1.- A causa de la referida reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial, y se han requerido informes de los servicios sanitarios implicados.

2.- El informe del jefe de Servicio de ORL de 30 de septiembre de 2010 (folios 181 y 182), tras exponer la relación de hechos, expresa:

“- El paciente ha sido visto y seguido según las normas clínicas más rigurosas, y en ningún momento se ha dejado sin la mejor atención.

- Sospechando en abril de 2009 una patología de tipo central se le pidió la RMN. Si en aquel momento hubiese sido visible el tumor que se hizo manifiesto en octubre, se hubiese diagnosticado, de igual forma que se vio y diagnosticó en la secuencia TI sin contraste que se le realizó en octubre.

- Que ante la menor variación de los hallazgos en octubre de 2009 se pusieron los medios necesarios para encontrar el diagnóstico de un tumor tremadamente agresivo.

- Siendo los primeros en lamentar la evolución final del paciente, deseamos constatar que la asistencia ha sido la adecuada en todo momento”.

3.- El informe de la jefa del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital La Paz, de fecha 10 de enero de 2011 (folios 184 y 185), se limita a exponer las características, diagnóstico y tratamiento del linfoma cerebral primario.

4.- En el informe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Ramón y Cajal de 13 de enero de 2011 (folio 179), consta que “*el paciente ingresó en el Servicio de Neurocirugía de este Hospital el 09/10/09, tras ser visto en el Servicio de Urgencias por una neoformación de IV ventrículo y vermis inferior con efecto de masa, la R.M. que se le practicó, fue informada de meduloblastoma como primera posibilidad.*”

Consta igualmente que, tras pruebas complementarias y preoperatorios, se programó para cirugía de fosa posterior el 19 de octubre de 2009, y que “*por razones que yo desconozco el paciente se marchó al Hospital de "La Paz" sin llegar a ser intervenido en nuestro Servicio. La atención por parte del Servicio de Neurocirugía fue correcta desde el punto de vista médico desde su ingreso hasta el alta*”.

5.- El Informe del jefe de Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del Hospital La Paz, de 17 de febrero de 2011 (folio 552 y 553), indica: “*(...) 3. El paciente presentaba una serie de patologías de base y los procesos abdominales que obligaron a ambas intervenciones quirúrgicas son situaciones de extrema gravedad*”, y se adjunta informe de cirugía.

6.- Se ha recabado, informe de la Inspección Médica que se emite con fecha de 2 de marzo de 2011 (folios 555 a 563) y en el que se detallan los hechos relacionados con la asistencia médica prestada al paciente. En particular, en el apartado relativo a “*Consideraciones médicas*” y “*Conclusiones*”, cabe destacar:

“ (...) ante la sospecha de linfoma cerebral primario (...) dado el alto riesgo quirúrgico para la obtención de biopsia que confirmara el diagnóstico se decide tratamiento quimioterápico según esquema BAM, realizándose el resto de las exploraciones recogidas en el protocolo.

(...) tras la administración de un 2º ciclo en régimen de hospitalización, presenta a continuación un deterioro progresivo de función renal, citopenias y mucositis grado IV que requiere apoyo analgésico con cloruro módico en infusión continua para control del dolor, así como toxicidad hematológica grado III.

(...) El paciente presenta mala evolución en días siguientes con tendencia al sueño, acidosis metabólica y rectorragias.

El 8/12/09 en la madrugada desarrolla hipotensión, taquicardia y oligoanuria seguidos de episodios de melenas por lo que ante el empeoramiento clínico se solicita valoración por Unidad de Cuidados Intensivos, decidiéndose el traslado del paciente a dicha Unidad.

En TAC toracoabdominopélvico se observan signos de shock con asa ileal isquémica con posible infarto transmural por lo que es intervenido quirúrgicamente por isquemia intestinal de yeyuno e ileon procediéndose a la resección del segmento isquémico con anastomosis L-L.

A partir del 13/12/09 el paciente presenta empeoramiento franco desde el punto de vista hemodinámico que obliga a aportes vaso activos a dosis elevadas y empeoramiento respiratorio y de nivel de conciencia que obliga a ventilar mecánicamente, (...) El paciente es intervenido de nuevo quirúrgicamente (...). Durante la

intervención presenta parada cardiorrespiratoria que se resuelve con medidas habituales.

El paciente regresa a la unidad de vigilancia intensiva en situación de fracaso multiorgánico refractario, falleciendo a los pocos minutos de su llegada.”

El inspector concluye que: “*A la vista de todo lo actuado anteriormente no existe evidencia de que la asistencia prestada haya sido incorrecta o inadecuada a la lex artis*”.

CUARTO.- 1.- Se concede trámite de audiencia a los reclamantes, que presentaron escrito al efecto con fecha 3 de junio de 2011 y en el que solicitan diversas aclaraciones al informe del servicio de inspección médica.

2.- En su virtud dicho servicio emite informe complementario (folios 564 y 565) en el que reitera la secuencia de pruebas clínicas y diagnósticos ya relatados en su primer informe y particularmente recoge que

“en la RM de cráneo efectuada el 13/04/09 sin contrate intravenoso según protocolo habitual, no se identifican alteraciones destacables en la señal ni morfología de las estructuras del oído interno, sin otros datos de interés. (...)

Que una vez evidenciada la neoformación de 3 cm localizada en el suelo del IV ventrículo y vermix inferior diagnosticada como “Hallazgos compatibles con meduloblastoma” como primera posibilidad diagnóstica, se descartó la realización de una biopsia planteándose la posibilidad de cirugía (...) el paciente solicita alta voluntaria manifestando la esposa del paciente que “hubo tales diferencias con el neurocirujano implicado en la intervención que se tuvo que trasladar al paciente al Hospital Universitario La Paz”.

Igualmente que ya en el Hospital de La Paz, “*por la respuesta al tratamiento esteroideo pautado se asume el diagnóstico de linfoma cerebral (...).*”

Añade que “*ante la parada cardiorrespiratoria que sufrió el paciente en nueva intervención quirúrgica realizada el 14/12/09 por presentar íleo paralítico, se utilizaron las medidas habituales resolviendo la situación. Asimismo indicar que los desfibriladores suelen estar ubicados en determinados puntos del bloque quirúrgico, debiendo consultar con la Dirección del Hospital para confirmar su ubicación.*”

Respecto a la alegación de falta de consentimiento informado para el tratamiento de quimioterapia, expresa que “*no se ha constatado la existencia en la Historia clínica de documento de consentimiento informado para la aplicación de quimioterapia aunque es de suponer que el paciente y la familia fueron informados verbalmente de la necesidad de la misma.*”

Concluye que “*dado que por parte de los reclamantes no se aporta documentación nueva que no fuera conocida en el momento de la realización del informe, no existe evidencia de que la asistencia prestada haya sido incorrecta o inadecuada a la lex artis, por lo que esta Inspección Médica se ratifica en el informe emitido con fecha 1 de marzo de 2011*”.

3.- Se da traslado de dicho informe a los reclamantes que presentan nuevo escrito con fecha 4 de octubre de 2010, en el que insisten en las alegaciones de sus escritos anteriores.

4.- Igualmente, figura nuevo informe del jefe de Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital La Paz, de fecha 23 de febrero de 2012 (folio 594), en el que se expresa:

“- *El diagnóstico de linfoma cerebral primario implica siempre la necesidad urgente de tratamiento dada la sintomatología clínica asociada.*

- *El tratamiento se llevó a cabo siguiendo un protocolo asistencial (BAM) del Grupo Español de Linfoma (GEL TAMO).*

- *El tratamiento se basa en la administración intravenosa de quimioterapia a dosis altas (carmustina, citarabina y metotrexate), lo que conlleva necesariamente la canalización de accesos venosos, en este caso concreto, inserción de catéter venoso central (con fecha 11/11/2009), para lo que el paciente debe dar su consentimiento.*

- *El paciente, como personal sanitario (diplomado en enfermería) era capaz de comprender la naturaleza del proceso, la implicación pronóstica del diagnóstico y el tratamiento que se iba a administrar, con los correspondientes riesgos añadidos a la administración de quimioterapia a dosis altas”.*

5.- Este informe se notifica igualmente a los reclamantes, con nuevo trámite de audiencia, los cuales presentan nuevo escrito con fecha 30 de marzo de 2012.

6.- Formalizado el trámite de audiencia, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formula propuesta de resolución, de 31 de mayo de 2012, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial, al considerar que no existe evidencia de que la asistencia prestada al paciente haya sido incorrecta o inadecuada a la *lex artis*.

7.- Consta en el expediente administrativo haberse dado cuenta de la reclamación a la aseguradora A (pág. 596).

QUINTO.- El consejero de Sanidad, mediante Orden de 18 de junio de 2012, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el

22 de junio 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, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 26 de julio de 2012, por siete votos a favor y un voto en contra.

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 LRCC.

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

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

En lo referente a la legitimación activa, los reclamantes ostentan relación de parentesco con el fallecido (esposa e hijos).

Debemos distinguir dos planos en las pretensiones que reclaman los solicitantes de la indemnización. Así, por un lado reclaman con base en “*el daño moral y daños y perjuicios de toda índole padecidos por los reclamantes derivados de la no detección de la enfermedad que presentaba su difunto esposo y padre.*”

Respecto a dicha pretensión se encuentran legitimados para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC. Así, está acreditada la existencia de un hecho, la muerte de una persona, que provoca un “*daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierta*” - Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2.004 -, y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1.994 y 28 de febrero de 1.995, entre otras muchas.

Sin embargo, a lo largo de los escritos de alegaciones que presentan, no sólo basan su reclamación en el daño moral que les ha provocado el fallecimiento de su familiar, sino también por la falta de consentimiento informado sobre el tratamiento de quimioterapia que recibió el paciente, falta por escrito que se constata en el expediente.

Para dicha pretensión indemnizatoria con base en dicha carencia, los reclamantes no ostentan legitimación activa.

Así puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 9^a, núm. 753/2008 de 22 de mayo, dictada en el recurso num. 9/2006, Ponente Ilmo. Sr. D. Ramón Verón Olarte, se recoge que:

“Por lo que se refiere a la falta de consentimiento informado en relación con las sesiones de quimioterapia y radioterapia, la Sala considera que se trata de una reclamación para la que no están legitimados los actores dado que ellos podrán reclamar, como así hacen, un daño moral, pero no por las consecuencias físicas que la falta de ese consentimiento hubiera podido conllevar en la paciente.”

Cabe traer a colación nuestro dictamen relativo al Dictamen 308/12 en el que ya decíamos que:

“Este Consejo considera que debe distinguirse la reclamación de los perjuicios ocasionados a los familiares del paciente por una defectuosa asistencia médica prestada, reclamación sobre la que no cabe duda de la legitimación activa, de la reclamación que los familiares de un paciente presenten a fin de obtener ellos indemnización por los daños sufridos por el paciente, posteriormente fallecido. En este último supuesto, los reclamantes carecen de legitimación activa, pues, dados los presupuestos de la responsabilidad administrativa patrimonial, existirá un derecho a la indemnización atribuible a quien padece los daños, pero ese derecho, pese a su contenido patrimonial, debe reputarse de carácter personalísimo y, en consecuencia, no susceptible de transmisión mortis causa”.

En el mismo sentido nuestro Dictamen relativo al Dictamen 432/12.

Este Consejo no desconoce algún pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, como el que contiene la Sentencia de 26 de marzo de 2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo Sec. 4^a, recurso 3531/12, Ponente Excmo. Sra. Celsa Pico). En ella el alto Tribunal estima como indemnizable el daño moral ocasionado a los familiares por la falta de consentimiento informado sobre riesgos derivados de parto por

cesárea respecto a una paciente fallecida, y determina el importe de la indemnización.

No obstante tal pronunciamiento, debemos hacer notar que no se trata de una jurisprudencia consolidada, sino casuística, así como que en el caso que se examinó en la precitada, lo que aconteció fue una falta de información sobre un concreto acto quirúrgico -una cesárea- con resultado de muerte, y no sobre un tratamiento terapéutico como es el presente caso -quimioterapia-. No se encuentra además en la Sentencia del Alto Tribunal criterio alguno que fundamente o argumente un razonamiento de generalidad en estos supuestos, por lo que este Consejo se inclina por considerar más acertado en el presente caso negar la legitimación activa a los familiares del fallecido para solicitar una indemnización derivada de la falta de consentimiento informado del tratamiento que se pautó al paciente.

Por tanto, el examen de la pretensión de responsabilidad que ejercitan los reclamantes excluirá, como fundamento de la misma, la falta de consentimiento informado sobre el tratamiento de quimioterapia que recibió el finado, al carecer aquéllos de legitimación activa para la reclamación por esa causa.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, titular de los centros sanitarios a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJAP, que se contarán, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En el caso sujeto a examen, la acción de responsabilidad patrimonial debe considerarse formalizada en plazo ya que el fallecimiento aconteció el

14 de diciembre de 2009 y la reclamación se presentó con fecha 7 de diciembre de 2010.

TERCERA.- Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen, se ha recabado informe de los responsables de los servicios en que se prestó atención sanitaria al paciente, tal como exige el artículo 10.1 del RPRP, así como el informe de la Inspección Médica. Del mismo modo, se ha otorgado el trámite de audiencia, regulado, como garantía esencial del derecho de defensa, en los artículos 84 de la LRJAP y 11 del RPRP, trámite que con corrección se ha evacuado respecto de cada uno de los informes médicos que se iban emitiendo.

Por el contrario, se ha sobrepasado con creces el plazo de seis meses que, para la resolución y notificación del procedimiento, estatuye el artículo 13 RPRP en relación con el artículo 42 LRJAP. Del expediente administrativo no se deducen razones que puedan justificar el retraso, que este órgano consultivo advierte incompatible con la celeridad que debe presidir la tramitación de los procedimientos administrativos. No obstante, es necesario observar que el exceso en el plazo previsto no dispensa al órgano administrativo peticionario del dictamen de la obligación de resolver (artículo 43.1 de la LRJAP) ni, en consecuencia, a este Consejo Consultivo de informar la consulta.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene consagrada con el máximo rango normativo, en cuanto garantía de los particulares frente al poder público, en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que reconoce a los particulares, *en los términos establecidos por la ley*, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que ésta sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, y no concurra circunstancia de fuerza mayor que sirva para exonerar a la Administración.

El desarrollo legal de la previsión constitucional se contiene, primariamente, en la LRJAP. En particular, su artículo 139, en su apartado 2, introduce la exigencia de que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Sobre dicha base normativa la Sala Tercera del Tribunal Supremo recoge un consolidado criterio jurisprudencial, que puede verse entre otras muchas, en su sentencia de 23 de enero de 2012 (recurso de casación 43/2010), los requisitos exigibles en orden al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Consisten, a decir del Alto Tribunal, en la generación al perjudicado de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; en que aquel daño o lesión patrimonial 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 influir, alterándolo, en el nexo causal; la ausencia de fuerza mayor, y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño alegado.

Ahora bien, cuando las reclamaciones indemnizatorias deducidas a instancia de los particulares traigan causa de una actuación médica o sanitaria, no basta con la concurrencia de una lesión efectiva, individualizada y evaluable, causada a un particular, que tenga origen en el funcionamiento del servicio público sanitario.

En tales casos, más allá del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, se hace necesario acudir al criterio de la *lex artis* como pauta determinante de la existencia de responsabilidad patrimonial, 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. De ahí que, si, en términos generales, en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el

elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, “*cuan do del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto*” (STS de 2 de noviembre de 2011, recurso de casación 6236/2007).

La obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, que la obligación consiste en prestar la debida asistencia médica y no en garantizar en todo caso la curación del enfermo.

Por otra parte en punto a la prueba del ajuste de la práctica sanitaria a las reglas de la *lex artis*, ha proclamado constantemente este Consejo Consultivo (entre otras muchas ocasiones, y entre las más recientes, en el Dictamen 1/12, de 11 de enero), que, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, es al reclamante a quien incumbe, como regla general ordinaria, la carga de la prueba. Así lo proclama también la jurisprudencia, de la que sirve como exponente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, al matizar que “*las obligaciones exigibles a los servicios médicos en relación con prestaciones como las examinadas en este expediente son obligaciones de medios y no de resultado. Corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya*

existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama”.

QUINTA.- Este órgano consultivo debe manifestarse, en el caso sujeto a dictamen, sobre la concurrencia (cumulativa) de los presupuestos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, conforme han sido resumidamente expuestos en la consideración jurídica precedente.

En particular, nos parece relevante significar la falta de satisfacción por parte de los reclamantes, de la carga que les afecta en orden a la acreditación de que la actuación médica se haya separado de las pautas de actuación exigibles al profesional médico, en función del estado actual de la ciencia y la técnica.

Los familiares, hoy reclamantes, se limitan a poner de manifiesto su criterio personal sobre la asistencia sanitaria recibida por su esposo y padre respectivamente, exponiendo sus dudas o contradicciones sobre lo que para ellos ha supuesto un retraso en el diagnóstico de la enfermedad que padecía, lo que derivó en complicaciones que fueron la causa del fallecimiento.

En consecuencia, no se ha presentado ni aducido, como resultaría necesario, un documento, informe pericial o dictamen, que aporte, a partir de un análisis de las circunstancias del caso, fundamentos para esgrimir que ha existido un apartamiento de la intervención del personal sanitario de las pautas de actuación profesionalmente exigibles.

Por el contrario, los responsables de la asistencia sanitaria prestada en su día al paciente han manifestado su parecer profesional sobre cada una

de las actuaciones y decisiones clínicas adoptadas y han descrito con profusión de detalles todas y cada una de ellas.

No obstante la carencia de elementos probatorios que debían haber sido aportados por los hoy reclamantes, debemos seguidamente analizar las censuras que expresan sobre la actuación médica del caso.

SEXTA.- El orden temporal lógico nos lleva a analizar en primer lugar la siguiente alegación de los reclamantes.

Consideran que entre la primera asistencia en urgencias el 31 de enero de 2009 y hasta alcanzar un diagnóstico inicial de meduloblastoma en IV ventrículo (tumor que se forma en la región de la fosa posterior del cerebro) transcurrieron más de 7 meses. Así censuran que el otorrino del Hospital Ramón y Cajal no variase su diagnóstico de “*vértigo posicional paroxístico benigno*” a pesar de las numerosas consultas, más de diez, a las que acudió el paciente.

A este respecto el jefe de Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Ramón y Cajal explica en su informe (folios 181 y 182) que en las diversas consultas no presentaba “*signos de una hipotética lesión cerebelosa*”, sino que los síntomas de “*latencia y fatiga del nistagmo, así como de la sintomatología que se presentaba a las maniobras de Dix-Hallpike*” eran los propios de un vértigo posicional.

Añade además que no presentaba “*nistagmo espontáneo, ni tampoco dismetría cerebelosa ni disadiadococinesia*” que son signos de alguna lesión cerebral.

El tratamiento dispensado en su momento debe considerarse correcto, como lo entiende el Servicio de Inspección Médica.

Censuran igualmente los reclamantes que hasta el 13 de abril de 2009 no se le realizó al paciente una resonancia magnética, pero sin contraste, y

sólo de peñascos, es decir que sólo abarcó la zona de oído interno y no el cerebro. Añaden que hasta octubre de 2009 no se derivó al paciente por el otorrino al neurólogo, momento en que se realiza una resonancia con contraste y se llega al diagnóstico de meduloblastoma en IV ventrículo.

Consideran que se ha producido un retraso de diagnóstico y que, además el anterior diagnóstico inicial no era correcto puesto que posteriormente ingresa en el Hospital La Paz donde tras diversas pruebas se diagnostica linfoma cerebral primario.

A este respecto, explica el mismo otorrino que sólo cuando el vértigo había cambiado en algunos momentos a inestabilidad, el 23 de marzo de 2009, se realizó una RMN sin contraste, pues cuando ésta muestra algún signo de lesión está indicada la realización de RM de contraste. En dicha prueba “*no apareció ninguna lesión ni en el ángulo pontocerebeloso ni en el parénquima del tronco cerebral, protuberancia o cerebelo.*”

Además considera el facultativo que durante todo el período de consultas se le realizaron numerosas pruebas y sólo el 21 de septiembre de 2009 apareció un síntoma de posible lesión cerebral - nistagmo patético en la mirada -. A partir de ahí se decide su estudio en neurología, que se realiza con rapidez - 5 de octubre de 2009 -.

Las decisiones clínicas deben considerarse igualmente correctas, y, además, como criterio incuestionable hay que destacar que ya en estudio por el Servicio de Neurología se realiza una nueva RMN el 8 de octubre de 2009, también sin contraste, es decir, igual que la anterior, donde ahora sí se evidencia “*un tumor del vérnix cerebeloso que ocupa el IV ventrículo*”.

Por todo lo expuesto, no puede apreciarse una negligencia en el seguimiento del paciente pues se fueron decidiendo las pruebas conforme los síntomas propios aparecían.

Por su parte el informe complementario del Servicio de Inspección Médica (folio 564), coincide con el criterio anterior.

Tampoco supone un error de diagnóstico el “*tumor del vernis cerebeloso*” que no se confirmó posteriormente en el Hospital La Paz, sino que se evidenció un linfoma cerebral.

Como ponen de manifiesto tanto el servicio de neurología como la inspección médica, el primer diagnóstico tiene el carácter de “*primera posibilidad diagnóstica*”. A partir de esta posibilidad y descartada la biopsia por complicaciones se programa cirugía que no se llega a realizar. Posteriormente en el Hospital La Paz tras mejoría clínica por corticoides, se realiza nueva RM el 23 de octubre de 2009, y diversas pruebas, por las que se alcanza el diagnóstico definitivo de linfoma cerebral y se inicia el protocolo.

Por ello igualmente no puede entenderse ningún error de diagnóstico o retraso en el mismo que hubiese tenido influencia en el desarrollo de la enfermedad.

SÉPTIMA.- En segundo lugar alegan los reclamantes que ya en el Hospital La Paz en el que ingresó el 28 de noviembre de 2009, se le aplicó “*ciclo de quimioterapia inexplicablemente agresivo. Ingreso tardío en la UCI, a los 8 días de habersele producido un TBP Bilateral*”, y que se produjo un tardío ingreso en la UCI además de no tener un desfibrilador en el quirófano donde se le intervino.

A este respecto el tratamiento con quimioterapia se encuentra plenamente justificado.

Así tanto el Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital La Paz, como la inspección médica manifiestan en sus informes (folios 184 y 562) que “*el linfoma cerebral primario es un linfoma muy agresivo*” y que en el Hospital se utiliza “*el protocolo asistencial propuesto por el*

Grupo Español de Linfoma (GELTAMO).” Igualmente que el protocolo aplicable para este tipo de enfermedad conlleva la aplicación de diferentes citostáticos, con toxicidad importante y mal pronóstico.

Por ello la aplicación de la quimioterapia una vez diagnosticado el linfoma debe considerarse justificada sin que se haya aportado criterio clínico o sustento científico que indique lo contrario.

En cuanto al ingreso en la UCI sobre el que los reclamantes reprochan un retraso, no se evidencia de la documentación clínica que se haya producido tal retraso que pudiera haber tenido una influencia positiva en el desarrollo de su enfermedad.

A medida que aparecían los síntomas se fueron tomando las decisiones que correspondían. La dificultad respiratoria por trombo embolismo pulmonar que presentaba el 3 de diciembre fue tratada con heparina y la mala evolución en días siguientes se combina con mejoría radiológica de la lesión cerebral. Sólo cuando el 8 de diciembre es visto por medicina intensiva por presentar trabajo respiratorio se realiza un TAC con contraste donde se concluye en la existencia de un “*shock hemorrágico+séptico, FRA, isquemia ileal, pancitopenia*” por lo que es trasladado a la UCI.

Así lo relata el informe de inspección médica, que no aprecia que un ingreso anterior en la UCI hubiera tenido un efecto favorable en la evolución del enfermo.

Otro punto en el que inciden los reclamantes es la falta de un desfibrilador en el quirófano donde se intervino al paciente el día 14 de diciembre de 2009.

El médico inspector pone de manifiesto que “*los desfibriladores suelen estar ubicados en determinados puntos del bloque quirúrgico*”, con lo que

no se evidencia que se haya vulnerado normativa alguna sobre el lugar en que estos deben encontrarse.

En conclusión la causa del fallecimiento “*fracaso multiorgánico refractario*” no fue provocada o influida por el tratamiento recibido, que se acomodó en todo momento a los síntomas que iba presentando el paciente, sin poder evitar el triste desenlace.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado que la actuación médica sea contraria a las exigencias de la *lex artis ad hoc*.

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 de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 26 de julio de 2012