

Dictamen n^o: **531/14**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **10.12.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 10 de diciembre de 2014, 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 F.Y.M., por los daños y perjuicios causados por la defectuosa asistencia sanitaria prestada en el Hospital 12 de Octubre de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de noviembre de 2014 tuvo entrada en este órgano consultivo, solicitud de dictamen preceptivo firmada por el consejero de sanidad, sobre el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 499/14, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. María José Campos Bucé quien formuló y

firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada en la reunión de la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 10 de diciembre de 2014.

SEGUNDO.- El expediente remitido trae causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por F.Y.M., bajo dirección letrada, registrada de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el día 1 de abril de 2013 (folios 1 a 24 del expediente administrativo).

Según el escrito de reclamación, la interesada acudió en marzo de 2004 al Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid, puesto que se palpaba un nódulo doloroso en la mama izquierda. Detalla que en dicho servicio le comunicaron que se trataba simplemente de grasa y no debía preocuparse en modo alguno, al ser la mamografía y el informe citológico negativos.

La interesada continúa relatando que ante el aumento de tamaño del nódulo y la persistencia de dolores, acudió al Servicio de Medicina Preventiva del propio Hospital 12 de Octubre, que la remitió al Servicio de Ginecología, donde se evidenció que la paciente presentaba un carcinoma mamario. Subraya que la falta de realización de las pruebas diagnósticas oportunas, impidió que el tumor se diagnosticara antes, con la consecuencia de sufrir metástasis en el hígado y el cerebro. Considera que en la fecha de la reclamación no existe una estabilización de las secuelas que padece, por lo que la reclamación se habría formulado en plazo legal.

En virtud de lo expuesto la reclamante solicita una indemnización en cuantía que no concreta.

Con el escrito de reclamación se adjunta diversa documentación clínica del Hospital 12 de Octubre.

TERCERO.- Del examen de la historia clínica y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos que se consideran de interés para la emisión del dictamen:

La reclamante, de 55 años de edad en el momento de los hechos, el 2 de marzo de 2004 es remitida desde el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Hospital Universitario 12 de Octubre, donde trabaja, al Servicio de Ginecología para valoración de una adenopatía axilar izquierda de 1 mes de evolución. Se detalla que cuenta con una mamografía de hace 4-5 años con resultado normal y que no ha tenido exploraciones posteriores.

El 4 de marzo de 2004 la paciente se somete a un estudio citológico con resultado negativo para células malignas. También es realizada una mamografía el 9 de marzo de 2004, en la que *“se visualiza un patrón radiológico compatible con unas mamas de ligero predominio fibroso y dentro de la normalidad radiológicamente”*. En la consulta de Ginecología y Obstetricia se anota *“mamografía 9 de marzo de 2004 con ligero predominio fibroso y dentro de la normalidad radiológica, citología vaginal negativa para células malignas y exploración normal”*.

En septiembre del año 2005, la reclamante acude al Servicio de Medicina Preventiva del Hospital Universitario 12 de Octubre, porque desde hace 18 meses nota molestias y dudoso nódulo en la mama izquierda, que ha aumentado de tamaño. La paciente es remitida de manera urgente desde el citado servicio al de Ginecología, para valoración de tumoración *“en incremento de tamaño en los últimos meses asociado a retracción del pezón y ocupación de la fosa supraclavicular izquierda”*. En la exploración física se aprecia nódulo duro, con piel de naranja que ocupa la casi totalidad de la mama, plastrón adenopático en axila izquierda y adenopatía supraclavicular izquierda dura y fija. Se solicita mamografía que evidencia un área irregular de 3,5 cms asociada a nódulo de 1,5 cms sospechosa de malignidad. Se

realiza PAG (punción con aguja gruesa) y biopsia que confirman un carcinoma ductal infiltrante con linfagitis carcinomatosa en dermis.

Se inicia terapia neoadyuvante previa a la cirugía, que se lleva a cabo el 24 de febrero de 2006, realizando mastectomía y vaciamiento axilar. El informe de Anatomía Patológica da cuenta de extenso carcinoma mucinoso. Ese mismo año 2006 se evidencian metástasis hepáticas por lo que se ajusta el tratamiento.

En diciembre de 2009 la paciente es diagnosticada de metástasis cerebral y en marzo de 2010 se objetiva progresión hepática y mediastínica, por lo que se inicia nuevo tratamiento. En febrero de 2011 inicia tratamiento con Vinorelbina-Herceptin por presentar progresión de la lesión hepática, que se mantiene hasta enero de 2012 en que se aprecia progresión de las metástasis cerebrales. La reclamante es incluida en tratamiento en estudio Boheringher con capecitabina y lapatinib.

En diciembre de 2012, la interesada continúa en tratamiento, evidenciándose un deterioro del estado general con disfunción neurológica de rasgos frontales.

Consta en el expediente que la paciente falleció el 6 de julio de 2013 por cáncer de mama metastásico con metástasis hepáticas e insuficiencia respiratoria.

CUARTO.- Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la paciente del Hospital 12 de Octubre (folios 27 a 326 del expediente).

Con fecha 8 de octubre de 2013 tiene entrada en el Servicio Madrileño de Salud un escrito firmado por un abogado en el que da cuenta del fallecimiento de la reclamante y la personación en el procedimiento del esposo y el hijo de la fallecida. Acompaña el escrito de certificado de defunción y copia del libro de familia de la fallecida.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha incorporado al procedimiento el informe del jefe del servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital 12 de Octubre, en el que se limita a realizar un detalle cronológico de las asistencias dispensadas a la paciente por parte de dicho servicio.

También figura en los folios 361 a 384 el informe de la Inspección Sanitaria de 24 de febrero de 2014, en el que tras analizar la historia clínica de la reclamante y la asistencia sanitaria dispensada así como realizar una detallada exposición sobre la patología de la paciente fallecida, destaca que:

“Que la referencia expuesta en la reclamación sobre la existencia de un nódulo o lesión palpable en mama, no se ajusta a la realizada y objetivada pues en este caso corresponde al hallazgo durante la exploración física de una adenopatía axilar izquierda de 1 mes de evolución y cuya exploración no aportó detalles de relevancia o sospecha, por lo que no era preciso ni estaba indicada según las reglas actualmente establecidas, la realización de ninguna otra prueba diagnóstica (...) ante la ausencia de patología ginecológica y la edad de la paciente, no es preceptivo según los protocolos ginecológicos actualmente utilizados y basados en la evidencia, proceder a una citación programada temporal concreta, quedando a criterio y voluntad de la paciente el requerimiento para efectuar nuevas revisiones médicas. Este requerimiento no inhibe de la aplicación de

las normas básicas y asiduamente divulgadas por todos los medios sobre la autoexploración mamaria y la alerta ante signos de alteración perfectamente explicitados”.

La Inspección Sanitaria concluye en su informe que se puede descartar en este caso *“de forma absoluta la existencia de una posible negligencia asistencial o defectuosa atención”.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJ-PAC y el artículo 11 del RPRP se confirió trámite de audiencia a los interesados. En uso del trámite conferido al efecto, con fecha 23 de abril de 2014 formularon alegaciones en las que inciden en los términos del escrito inicial de reclamación.

Finalmente, por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria -por delegación en la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 6/2014, de 17 de marzo- se dicta propuesta de resolución en fecha 27 de octubre de 2014, en la que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada por entender que la reclamación se presentó de manera extemporánea, en base a que los hechos datan del periodo comprendido entre marzo de 2004 y septiembre de 2005 y, en todo caso, haber sido la actuación sanitaria dispensada conforme a la *lex artis*.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano

deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*.

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada no se ha cifrado por la reclamante, por lo que al ser de cuantía indeterminada resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello —el consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

SEGUNDA.- Ostenta F.Y.M. 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 .

Ahora bien, al haberse producido el fallecimiento de la reclamante durante la sustanciación del procedimiento, se plantea la posibilidad de la sucesión de su esposo e hijo en la reclamación, lo que hemos admitido en anteriores dictámenes de este Consejo (así Dictamen 667/11, de 30 de noviembre; Dictamen 623/11, de 10 de noviembre o el Dictamen 448/14, de 22 de octubre) en base a lo dispuesto en el artículo 31.3 de la LRJ-PAC: *“cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”*.

En este caso, la reclamación es interpuesta inicialmente por la persona directamente perjudicada por la actuación administrativa, que reclama por las secuelas atribuidas al retraso de diagnóstico de un cáncer de mama. Posteriormente, comparecen el esposo y el hijo de la perjudicada, representados por un abogado, comunicando el fallecimiento de su familiar y

su personación en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. En el trámite de audiencia inciden en los términos del escrito inicial de reclamación formulado por su esposa y madre, y solicitan que se dicte resolución o acuerdo indemnizatorio en base a los perjuicios causados a su familiar. En estas circunstancias, en las que no se modifica la causa de pedir, no cabe sino considerar que se reclama a título sucesorio “*mortis causa*”, y reconocer una legitimación activa “*iure hereditatis*”.

Al tratarse de una subrogación en la acción interpuesta por la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria, es necesario que se solicite la aportación del título hereditario, pues no basta con acreditar su relación de parentesco sino que es necesario que se acredite su condición de herederos, ya sea a título de sucesión intestada o testada. En este caso no consta que dicho requerimiento se haya efectuado por el instructor, creando en los familiares de la reclamante inicial una confianza legítima en que estaba acreditada su legitimación activa para reclamar. Por ello deberá requerírseles para que aporten el correspondiente título sucesorio en los términos contemplados por el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes de que se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento.

Por otro lado, tampoco resulta acreditada la representación que el abogado actuante dice ostentar de los familiares de la perjudicada, ni consta que la Administración le haya requerido para ello, por lo que de igual manera deberá requerírsele la citada acreditación.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico del Hospital 12 de Octubre integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP-PAC). En el

caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la «*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil.

La propuesta de resolución aboga en este caso por la prescripción del derecho a reclamar, pues sostiene que los hechos por los que se reclama se produjeron en el periodo comprendido entre el año 2004 y el año 2005, fecha esta última en la que se produjo el diagnóstico del cáncer de mama que afectaba a la interesada. Sin embargo no podemos aceptar el argumento esgrimido por la propuesta de resolución, pues resulta claro que la interesada reclama no solo por el hecho motivador del daño, el retraso de diagnóstico de su enfermedad, sino por las consecuencias derivadas del mismo, entre ellas las metástasis sufridas en el hígado y el cerebro, con la consiguiente merma de sus expectativas de vida.

Resulta de la documentación examinada que en el año 2006 se apreciaron metástasis hepáticas y en diciembre de 2009 se objetivó una metástasis cerebral, por lo que la reclamante tuvo que ser sometida a diversos tratamientos, pero las lesiones progresaron de manera tórpida, de modo que en diciembre de 2012 se hace evidente un agravamiento de su situación, a pesar de continuar en tratamiento, con deterioro del estado general y disfunción neurológica de rasgos frontales. En estas circunstancias cabe entender que la reclamación formulada el día 1 de abril de 2013 se habría presentado en plazo legal.

En la tramitación del procedimiento se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, se encuentra regulado en el

título X de la LRJ-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado el informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital 12 de Octubre, implicado en el proceso asistencial de la reclamante fallecida. También durante la instrucción se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria. Asimismo, se ha conferido trámite de audiencia, de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

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

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

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

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

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”*, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

CUARTA.- En el presente caso, el reproche se dirige al Hospital Universitario 12 de Octubre, concretamente a su Servicio de Ginecología y Obstetricia, al que se imputa un retraso en el diagnóstico del cáncer de

mama que afectaba a la reclamante fallecida. Como consecuencia de la no detección inicial de su patología y la no realización de las pruebas diagnósticas, a su juicio, oportunas, la reclamante culpaba al servicio médico del referido hospital de las consecuencias de la enfermedad, particularmente las metástasis hepáticas y cerebrales, que minaban sus expectativas de vida.

En este caso, de acuerdo con las alegaciones efectuadas por la reclamante, lo relevante a la hora de enjuiciar la responsabilidad patrimonial es si se produjo la omisión de medios denunciada, pues como hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, en la medicina curativa nos encontramos ante obligaciones de medios y no de resultado, de tal forma que se cumple la *lex artis* cuando se utilizan todos los medios (de diagnóstico, de tratamiento, etc.) de los que se dispone (así nuestro Dictamen 292/14, de 25 de junio).

Resulta claramente de la historia clínica que la grave patología que afectaba a la paciente fue diagnosticada, en palabras de la Inspección Sanitaria, cuando “*la enfermedad ya estaba claramente avanzada*”, por lo que cabe plantearse si pueden existir circunstancias que expliquen que no se alcanzara el diagnóstico cuando la reclamante acudió a revisión en el mes de marzo de 2004, con una sintomatología caracterizada por mastodinia y un nódulo en el cuadrante superoexterno de la mama izquierda.

En este punto hemos venido señalando en nuestros dictámenes, haciéndonos eco de la jurisprudencia, que “*probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible*”. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012, con cita de otras anteriores de la misma Sala y Sección como la de 27 de diciembre de 2011 o la 7 de julio de 2008, en las que se insiste en que así lo demanda el principio de la “facilidad de la prueba”, establecido por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007

(recurso de casación 9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, acreditado el daño por la reclamante, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido. Podemos reproducir por su claridad la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6ª) de 27 de junio de 2008, que se pronuncia en los siguientes términos: “(...) *Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido*”.

En este caso, el informe de la Inspección Sanitaria se muestra concluyente cuando señala que el hallazgo en el año 2004 de una adenopatía axilar izquierda de 1 mes de evolución “*no aportó detalles de relevancia o sospecha (ni dolorosa, ni dura ni adherida a planos profundos)*”, por lo que en estas circunstancias “*no era preciso ni estaba indicada según las reglas actualmente establecidas la realización de ninguna otra prueba diagnóstica*”. No obstante, lo que acabamos de expresar, se observa en la bibliografía consultada por la Inspección Sanitaria para realizar el informe que obra en el expediente, que en las adenopatías, cuando no se tiene un diagnóstico etiológico de las mismas, como pudiera ser el caso, pues nada se consigna en la historia clínica respecto a la causa del nódulo que presentaba la paciente, se recurre a la realización de pruebas complementarias (iniciales, como hemograma completo, pruebas serológicas, enzimas hepáticas, radiografía de tórax ... y posteriores, como ecografía, linfografía, tomografía computarizada, resonancia magnética e incluso estudio histológico). Cuando las pruebas complementarias no son concluyentes sobre la etiología de la adenopatía, la bibliografía aportada señala que “*es prudente mantener un período de observación de 3 a 4 semanas*”.

En este punto, el informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital 12 de Octubre, implicado en el proceso asistencial de la

reclamante, no da ninguna explicación médica, si no que se limita a realizar un relato de los distintas asistencias prestadas a la paciente, que coinciden con los datos que figuran en la historia clínica remitida.

Así las cosas, este Consejo Consultivo, para emitir su dictamen, precisa que, tanto el servicio implicado en el proceso asistencial de la reclamante como la Inspección Sanitaria, informen en relación a por qué no se valoró cualitativamente la presencia de una adenopatía axilar en la paciente asociada a mastodinia izquierda.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el procedimiento a fin de que se requiera informe al Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital 12 de Octubre y a la Inspección Sanitaria en relación a por qué no se valoró cualitativamente la presencia de una adenopatía axilar en la paciente asociada a mastodinia izquierda. Una vez recabados dichos informes deberá conferirse un nuevo trámite de audiencia a los interesados, antes de remitir nuevamente el expediente completo a este órgano consultivo a fin de emitir el preceptivo dictamen.

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, 10 de diciembre de 2014