

Dictamen nº: **586/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.11.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de noviembre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por M.A.F.M., M.R.F.M., P.F.M., P.F.M. y J.F.M. (en adelante, “*los hermanos reclamantes*”) y por la Congregación A (en adelante, “*la congregación religiosa reclamante*”), sobre daños y perjuicios derivados de la falta de diagnóstico de un cáncer de pulmón a J.F.M. (en adelante, “*la paciente*”), durante la asistencia sanitaria prestada en la Fundación B para la retirada de material de osteosíntesis.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

quirúrgicamente y la intervención se realizó con éxito en el hospital de referencia el 9 de marzo siguiente, implantándole una placa de fijación.

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

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

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

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

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

Añaden que en resonancia magnética cerebral realizada el 22 de octubre (la reclamación, por error, data estas pruebas el 22 de noviembre) se confirmó la existencia de afectación metastásica, en TAC de tórax “*masa pulmonar en LSI con nódulos pulmonares bilaterales y afectación adenopática, torácica generalizada*” y “*lesión lítica en escápula izquierda probablemente metastásica*” y en TAC de abdomen “*lesión metastásica ósea, adenopatías adyacentes a la unión gastroesofágica y en ligamento gastrohepático-retroperitoneo, así como lesiones metastásicas suprarrenales bilaterales*”, es decir y en palabras de los reclamantes, “*un cáncer de*

pulmón con metástasis generalizada”, según datos todos ellos recogidos en informe de 29 de octubre, de la Clínica C, del que se adjuntaba copia.

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

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

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

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

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

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

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

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

SEGUNDO.- Examinado el expediente administrativo, este Consejo Consultivo da por acreditados los siguientes hechos de relevancia para la resolución:

El 28 de febrero de 2010, la paciente, de 68 años, con antecedentes de esclerosis múltiple en tratamiento por la Clínica C, paludismo y artroscopia, tras sufrir una caída casual sobre su hombro derecho, acudió a Urgencias de la Fundación B, donde, tras ser valorada por el Servicio de Traumatología, se le diagnosticó fractura de húmero proximal de tres fragmentos. Inicialmente, se estableció un tratamiento provisional consistente en brazo en cabestrillo y analgésicos, a la espera de someter a la paciente a intervención quirúrgica.

En esa misma fecha, el traumatólogo del Servicio de Urgencias solicitó cita preferente con el Servicio de Anestesia y preoperatorio consistente en radiografía de tórax, analítica completa y electrocardiograma. La analítica y la radiografía de tórax se realizaron en el mismo día en el Servicio de Urgencias. También en la misma fecha, la paciente firmó el documento de consentimiento informado para la intervención quirúrgica de las fracturas.

El 1 de marzo, la paciente acudió a revisión al Servicio de Traumatología, solicitándose TAC urgente de húmero derecho para valoración prequirúrgica. En la prueba diagnóstica, realizada al día siguiente, se pudo apreciar fractura de húmero proximal en tres fragmentos, con adecuada congruencia glenohumeral y aumento de partes blandas en relación con sinovitis postraumática. El 5 de marzo se realizó un electrocardiograma, informado como normal.

La intervención quirúrgica tuvo lugar el 9 de marzo, mediante reducción abierta y osteosíntesis con placa Philos. El postoperatorio cursó sin incidencias, estableciéndose como tratamiento al alta, dada al día siguiente del ingreso, cabestrillo que puede retirarse progresivamente para empezar a realizar actividades sin realizar esfuerzos ni cargar pesos, hielo local y rehabilitación según protocolo del Servicio. Asimismo, se estableció tratamiento farmacológico analgésico, medicación habitual controlada por su MAP, curas de Traumatología para el día 12 y revisión en el Servicio de Traumatología a las seis semanas de la intervención quirúrgica, con Rx anteroposterior y axial de hombro.

En el mismo día del alta, se le hizo analítica y fue valorada por el Servicio de Rehabilitación. El 12 de marzo fue revisada por el Servicio de Traumatología y el 25 de marzo por el de Rehabilitación.

El 19 de abril fue valorada de nuevo por Traumatología, indicándose en el informe correspondiente que la paciente, que estaba realizando

rehabilitación, presentaba elevación pasiva de 120 grados y rotación externa de 45, y que la radiografía de control era satisfactoria. Se estableció nueva revisión en 5 semanas, con Rx.

El 22 de abril y el 6 de mayo, fue revisada por el Servicio de Rehabilitación.

En la revisión de Traumatología del 24 de mayo, se anotó que la paciente se encontraba bien, “*aunque tiene sensación de peso del hombro (corno si se descolgara)*”, y no tenía dolor nocturno. Tras comprobar el estado de su hombro (elevación activa de 90 grados, pasiva de 110, rotación externa de 60), se le remitió a nueva cita en el mes de septiembre.

El 27 de mayo y el 8 de junio fue revisada en Rehabilitación, Servicio en el que sería dada de alta el 24 de junio, tras haberse sometido a 56 sesiones de cinesiterapia. En esta última revisión, a la palpación, la paciente tenía importante hematoma en todo el brazo, aunque movía el codo y la muñeca completamente. Como resumen evolutivo, se anotó que “*la paciente se encuentra mejor funcionalmente porque no tiene dolor para actividades que no estén por encima de su cabeza o requieren la realización de fuerza, pero tiene mucho dolor cuando se la fuerza pasivamente y no está ganando arco de movilidad en las ultimas semanas de tratamiento*”. No presentaba dolor espontáneo, aunque sí a la movilización pasiva, arco de movilidad flexión 150 rot. ext. nuca sin deprimir la GH y rot. int. cintura. Se le recomendó seguir “*realizando ejercicios que conoce*”, y se fijó nueva revisión en fecha 13 de septiembre.

Ya el 31 de agosto, fue valorada por el Servicio de Urgencias, especialidad de Medicina Interna, de la Fundación B, por mareos y cefalea de un mes de evolución. En la anamnesis, la paciente refirió cansancio, más acentuado por la mañana, falta de apetito, náusea sin vómito y pérdida de peso en 3 Kg., aproximadamente. El electrocardiograma no

presentó alteraciones, estableciéndose el juicio clínico de cefalea inespecífica, tratamiento mediante Ibuprofeno y Omeprazol, y cita preferente en consultas de Neurología, a ser posible durante el mes de septiembre, para valorar una posible progresión de la esclerosis múltiple. Asimismo, se le indicó que, en caso de empeoramiento o aparición de nuevos síntomas, acudiera de nuevo a Urgencias.

El 3 de septiembre se le realizó analítica.

El 6 de septiembre de 2010 fue revisada de nuevo por el Servicio de Traumatología, y firmó el documento de consentimiento informado para la retirada del material de osteosíntesis. En dicha revisión, la paciente presentaba dolor y aportaba radiografías y escáner que permitían observar un tornillo con la punta localizada intraarticularmente. A la exploración presentaba elevación de 70 grados, rotación externa 45, rotación interna L5. Al apreciarse que la fractura estaba consolidada, se planteó a la paciente retirar el material y liberar la cicatriz para intentar aumentar la movilidad, opción con la que la paciente se mostró de acuerdo. Se le incluyó en lista de espera quirúrgica y facilitó el documento de consentimiento informado.

El 13 de septiembre fue valorada por Rehabilitación.

Dentro del preoperatorio, el 15 de septiembre se realizó analítica sanguínea, electrocardiograma informado como normal y Rx de tórax NP y lateral. En el informe de la prueba radiológica, se indicó:

“Comparando las actuales radiografías, obtenidas hace unos meses se observa un infiltrado en campo superior izquierdo, que ya se observaba de menor tamaño entonces, y afectación pleural parietobasal, todo ello muy sugestivo de un proceso neoplásico.

Alteración inespecífica de la trama broncovascular en campos inferiores.

Signos degenerativos en planos óseos. Fractura corregida con clavos cefálicos en húmero derecho”.

El 23 de septiembre de 2010 ingresó en el Servicio de Traumatología para la retirada de material de osteosíntesis (placa Philos), liberación y movilización. Tras ser revisada por Rehabilitación, fue dada de alta al día siguiente con indicación de tratamiento farmacológico y frío, citación para el 27 de septiembre en la Sala de Curas de Traumatología y en Cirugía Ortopédica y Traumatología para el 29 de octubre, a la que no llegaría a acudir.

Con fecha 18 de octubre, la paciente acudió a la Clínica C, por insuficiencia respiratoria, quedando ingresada en la UCI. En dicha clínica, mediante angio-TAC, se pudo observar derrame pleural masivo izquierdo y nódulos pulmonares, compatible con probable adenocarcinoma de origen pulmonar. Completando el estudio, mediante extensión de la resonancia cerebral se observaron metástasis cerebrales supra e infratentoriales, y por TAC tóraco-abdominal, una masa pulmonar en lóbulo superior izquierdo con nódulos pulmonares bilaterales y afectación ganglionar torácica generalizada. También se apreciaron lesiones líticas en escápula izquierda y ceja cotiloidea anterior izquierda.

Tras confirmar los hallazgos del TAC mediante tomografía por emisión de positrones (PET), se instauró tratamiento con radioterapia holocraneal y solicitó estudio de mutaciones de EGFR y k-ras, con resultados negativos.

El 5 de noviembre se inició tratamiento con Gemcitabina y Cisplatino administrados cada 3 semanas; no se administraron Pemetrexed por la

presencia de derrame pleural, ni Bevacizumab por un mínimo sangrado en una de las lesiones cerebrales.

Tras la administración del primer ciclo, ingresó por cuadro de disnea. Mediante angio-TAC se confirmó la existencia de tromboembolismo pulmonar.

En diciembre de 2010, tras dos ciclos de tratamiento con Gemcitabina y Cisplatino, se observó respuesta parcial de la lesión principal pulmonar, adenopatías mediastínicas de las lesiones cerebrales con estabilización de algunas lesiones abdominales.

Tras el quinto ciclo, ingresó por neutropenia febril con infección del tracto urinario por *E. coli* resuelta con tratamiento de soporte.

En marzo de 2011, tras siete ciclos de tratamiento, la paciente comenzó el tratamiento con rehabilitación, refiriendo mejoría de la astenia y de la capacidad para deambular. Ingresó por dolor en epicondrio derecho y dificultad respiratoria, observándose progresión hepática, suprarrenal derecha y retroperitoneal, ante lo que se decidió iniciar tratamiento con Premetrexed en monoterapia, iniciado el 5 de abril con buena tolerancia inmediata.

En abril de 2011 ingresó por insuficiencia renal aguda con creatinina de 3,5 mg/dl, y astenia grado 2.

Se acordó darle de alta el 13 de mayo de 2011, con la idea de que fuera asistida por el Equipo de Cuidados Paliativos del Hospital D (Pamplona). No obstante, tras un cuadro de 48 horas de deterioro progresivo respiratorio y pérdida de conciencia, falleció en el hospital el 14 de mayo de 2011, a las 20:40 horas.

En informe de *exitus* de la Clínica C, de 15 de mayo de 2011, se estableció:

“Causa inmediata del fallecimiento: parada cardiorrespiratoria.

Causa intermedia del fallecimiento: neumonía nasocomial.

Causa fundamental del fallecimiento: adenocarcinoma pulmonar estadio IV en progresión”.

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

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

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

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

“Que la paciente fue atendida en este centro después de sufrir una caída el día 28/2/2010, y diagnosticada de fractura comminuta de húmero.

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

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

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

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

“La paciente (...) acudió a consulta de preanestesia tras sufrir una caída y ser diagnosticada de fractura de húmero. En esta consulta tras realizar el interrogatorio oportuno la anestesióloga que atendió a la paciente no consideró necesaria la realización de ninguna prueba complementaria ya que se trataba de una cirugía sobre la fractura de húmero que no admitía retraso ni cambios en la indicación. De hecho la paciente fue intervenida bajo anestesia general sin ninguna complicación y el postoperatorio transcurrió con normalidad.

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

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

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

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

La primera vez que acudió a Urgencias el 28 de febrero fue valorada exclusivamente por el traumatólogo quien fue el que diagnosticó la fractura de húmero y solicitó un preoperatorio que incluye una Rx de tórax para que fuera valorada en anestesia previamente a la cirugía. No se consultó en ningún momento con los facultativos de la urgencia.

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

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

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

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

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

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

Mediante escrito presentado con fecha 12 de noviembre, el representante de los reclamantes expresó su conformidad con las consideraciones de la Inspección Médica y, en línea con las conclusiones de ésta, reiteraba las peticiones indemnizatorias hechas valer en el escrito inicial de reclamación.

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

gastos producidos en la Clínica C obedecían a su libérrima voluntad, ya que no concurrían razones de denegación de asistencia o urgencia vital que justificaran la decisión de no afrontar el tratamiento de la enfermedad en la sanidad pública.

Con fecha 31 de enero de 2013, una licenciada en Medicina y Cirugía, especialista en Valoración del Daño Corporal, emite informe a solicitud (según expresa el propio documento en sus antecedentes) del Servicio de Responsabilidad Patrimonial del Servicio Madrileño de Salud, en que, contrariamente a lo expuesto por la inspectora médica actuante, sostiene la inexistencia de mala praxis en la atención prestada a la paciente en la Fundación B. No obstante, al entender la perito que posiblemente se hubiera solicitado su criterio con la única finalidad de que se pronunciara sobre el alcance del daño y su traducción económica, realizaba la correspondiente valoración económica de la indemnización, que a su juicio debía limitarse a 180 días de baja no impeditiva calculados conforme al baremo de la fecha en que se emite el informe, por un importe de 6.205,32 euros. Por lo que se refiere a los gastos de la asistencia sanitaria prestada en la Clínica C, se oponía a su reconocimiento alegando razones sustancialmente análogas a las expuestas con anterioridad por la Inspección Médica.

La viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 22 de febrero de 2013, en el sentido de estimar parcialmente la reclamación patrimonial ejercitada por los hermanos reclamantes, indemnizándolos en un importe conjunto de 6.205,32 euros, y de desestimar la solicitud indemnizatoria efectuada en nombre de la congregación religiosa reclamante.

En ese estado del procedimiento, el expediente se remitió a este Consejo Consultivo, y fue objeto del Dictamen 106/13, de 20 de marzo de 2013 en el que se concluía la procedencia de “*retrotraer el procedimiento a los*

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

A la vista del anterior dictamen, por Acuerdo de 9 de mayo de 2013 se concedió nuevo trámite de audiencia a los reclamantes, con remisión del aludido informe de valoración del daño corporal.

Los reclamantes, mediante escrito de 4 de junio, manifestaron su disconformidad con la incorporación al procedimiento del informe de referencia, toda vez que, con anterioridad, se había emitido informe por parte de la Inspección Sanitaria, y objetaron pormenorizadamente los fundamentos médicos en que aquél basaba sus conclusiones. En apoyo de sus afirmaciones, adjuntaban dictamen médico-pericial de 1 de junio de 2013, suscrito por un médico especialista en Urología y Andrología experto en valoración del daño corporal. En él, después de establecer los antecedentes de hecho y una serie de “*consideraciones periciales*” que servían para manifestar objeciones al informe médico de 31 de enero de 2013 aportado al procedimiento a solicitud del instructor, finalizaba expresando las siguientes “*conclusiones finales*”:

“Debe concluirse que habiendo establecido un diagnóstico adecuado traumatológico, la asistencia sanitaria prestada a la paciente fue ampliamente insuficiente, no examinando las pruebas complementarias realizadas tanto en el mes de febrero como en septiembre de 2010, conteniendo información sensible sobre patología neo formativa pulmonar que de haber sido considerada o comunicada a la paciente hubiera permitido que acudiera a los servicios médicos oportunos con la finalidad de establecer un diagnóstico adecuado y consecuentemente un tratamiento pertinente al

diagnóstico que hubiera podido evitar el desarrollo y evolución del proceso y tal vez haber evitado el desenlace funesto de la paciente.

No es admisible que los anestesiólogos no valorasen la radiografía de tórax, en el mes de febrero, ni que tan siquiera le fuese comunicado nada a la paciente. Más grave es que se repita dicha forma de actuar en el mes de septiembre cuando es nuevamente valorada y estudiada para ser intervenida, porque si el razonamiento es que no se observa variación en el estado de salud, habría que preguntarse ¿para qué queremos los estudios pre anestésicos si vale la apreciación personal? ¿Por qué solicitamos nuevas pruebas? ¿Por qué hacemos gastar a la Seguridad Social o a una entidad aseguradora con estudios de electrocardiograma, análisis, radiografías, si valdría con la impresión personal?

Las radiografías deberían haber sido examinadas, valoradas y haber considerado la información que aportaban para que con independencia de la patología traumatólogica que se estaba tratando haber podido iniciar el estudio para el diagnóstico de esa patología silente de la que la radiografía de tórax aporta información, pero más aún en el mes de septiembre cuando se avisa de su progresión y evolución.

Se ha perdido la oportunidad de atender y velar por el estado de salud de la paciente permitiendo que esa patología pulmonar progrese de forma inapelable hasta ocasionar el exitus de la paciente”.

Asimismo, los reclamantes añadían, en lo relativo a la cuantificación del daño, su ratificación en los términos del escrito inicial de reclamación, oponiéndose, en cuanto a la indemnización de los hermanos reclamantes, a que una pérdida de oportunidad en cuanto a las posibles expectativas de

curación fuera sustituida por la simple indemnización de un retraso en la comunicación de la grave enfermedad que padecía la paciente, y, con respecto a los daños de asistencia de la enferma, afirmaban la existencia de una situación de necesidad para acudir a la sanidad privada, toda vez que en B no se establecía un adecuado diagnóstico de su dolencia.

También se concedió, mediante Acuerdo de 24 de julio, nuevo trámite de audiencia a la Fundación B. Con fecha 5 de agosto, su director-gerente solicitó se le tuviera por ratificado en las alegaciones presentadas con anterioridad a la retroacción del procedimiento.

Finalmente, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 16 de octubre de 2013, en el sentido de estimar parcialmente la reclamación patrimonial ejercitada por los hermanos reclamantes al considerar, conforme al criterio de la Inspección Médica, la existencia de una actuación contraria a la *lex artis* que la paciente no tenía la obligación jurídica de soportar. Proponía indemnizar a los hermanos de la paciente en un importe conjunto de 6.205,32 euros en atención a la imposibilidad de cuantificar las posibilidades de curación o supervivencia que hubiera tenido la paciente de haberse diagnosticado antes su enfermedad. Dicha cantidad resultaba de aplicar a 180 días de incapacidad temporal el baremo del año en que se produjo el fallecimiento, más un factor de corrección del 10%. En cambio, en cuanto a la solicitud efectuada en nombre de la congregación religiosa reclamante, proponía rechazarla de un modo absoluto teniendo en cuenta que el hecho de acudir para el tratamiento del adenocarcinoma de pulmón a una clínica privada no concertada con los sistemas sanitarios públicos de salud, respondía a una decisión propia y voluntaria de dicha entidad.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio de 25 de octubre de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el día 29 de octubre siguiente, formula consulta a este Consejo Consultivo y

corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 27 de noviembre de 2013.

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

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

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

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

En cuanto a los reclamantes hermanos de la paciente, la legitimación se afirma fundada, de una parte, en el daño moral derivado del fallecimiento del ser querido en atención al vínculo de parentesco con la finada, y, por

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

Ha de señalarse que, ya *prima facie*, los reclamantes hermanos de la paciente carecen de legitimación activa respecto de su solicitud de indemnización por los referidos gastos, pues ellos mismos afirman que fueron satisfechos por su hermana difunta, de modo que no hay deuda alguna que ellos deban afrontar en cuanto herederos y en razón de su aceptación de la herencia ni gasto por ellos efectuado por el que deban ser compensados.

Con respecto a la congregación religiosa también reclamante, su legitimación vendría dada, para su admisión en el expediente como interesada, por la circunstancia de haber satisfecho los gastos de asistencia sanitaria de la paciente en la Clínica C.

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

En cuanto a la legitimación pasiva, reside en la Consejería de Sanidad, al haber sido facilitada la asistencia sanitaria en virtud de concierto entre aquélla y la Fundación B (disposición adicional 12^a de la LRJ-PAC y dictámenes 428 y 656/11 de este Consejo Consultivo).

Conviene recordar el criterio sentado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9^a, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 6 de julio de 2010:

“Así pues, es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios. A estos efectos debe entenderse por Administración sanitaria las entidades, servicios y organismos públicos y los centros concertados, tal como permite los citados preceptos de la Ley General de Sanidad como fórmula para su integración en dicho Sistema. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la facultad de repetición que, por incumplimiento del concierto o por otras causas, corresponde a la Administración”.

Por lo que se refiere al plazo, a tenor del artículo 142.5 de la LRJ-PAC las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, cuando se trate de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el caso sujeto a examen, la reclamación de responsabilidad patrimonial debe considerarse formalizada en plazo, ya que, producido el fallecimiento de la paciente (y, por tanto, la determinación del daño alegado) el 14 de mayo de 2011, la reclamación se presentó el 20 de febrero de 2012.

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

Tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen, se han recabado informes de los Servicios de Traumatología y de Anestesiología, Reanimación y Tratamiento, así como del coordinador de Urgencias, del Hospital Fundación B. De esta forma, se puede entender cumplimentada la exigencia del artículo 10.1 del RPRP en el sentido de solicitarse informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

Del mismo modo, tras haber sido acordada y realizada la retroacción del procedimiento, se ha dado cumplimiento en debida forma al trámite de audiencia, regulado como garantía esencial del derecho de defensa en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, otorgándola tanto a las reclamantes, como a la Fundación B, al poder resultar involucrados sus derechos o intereses legítimos (artículo 31.1.b) de la LRJ-PAC).

CUARTA.- El artículo 106.2 de la Constitución Española 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. La previsión constitucional se halla desarrollada en el Título X de la Ley 30/ 1992 (LRJ-PAC), artículos 139 y siguientes.

Mediante interpretación del marco jurídico-legal de la responsabilidad patrimonial, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Supremo ha enunciado en reiterada jurisprudencia los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, en sentencia de 23 de enero de 2012 (RC 43/2010) enuncia los siguientes: generación al perjudicado de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que el 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; ausencia de fuerza mayor, y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño alegado.

No cabe plantearse la posible concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración si no se ha producido un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009.

En el caso sujeto a examen, el daño a los reclamantes, hermanos de la paciente, reside en el daño moral que se presume producido por el fallecimiento de un familiar allegado. No hay daño de ninguna clase para los reclamantes por el coste de la oxigenoterapia aplicada a la paciente difunta durante su tratamiento en la Clínica C, pues ese coste fue satisfecho por la paciente (pág. 8 de la reclamación inicial). Los demás costes de la asistencia sanitaria a la paciente difunta en la referida Clínica, afrontados por la Congregación religiosa a la que pertenecía la paciente, serán más adelante examinados.

QUINTA.- Siguiendo una consolidada jurisprudencia, viene declarando este Consejo Consultivo que, cuando las reclamaciones indemnizatorias deducidas a instancia de los particulares traigan causa de una actuación médica o sanitaria, no bastará a efectos de tener derecho a indemnización con la concurrencia de una lesión efectiva, individualizada

y evaluable, causada a un particular, que tenga origen en el funcionamiento del servicio público sanitario.

Así, señala la Sentencia de 16 enero 2012, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (RC 6794/2009), que “*no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa*”.

Además, cuando se trata de la asistencia sanitaria, más allá del resultado producido en la salud del paciente, 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, “*cuando 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, RC 6236/2007).

SEXTA.- Como regla general, la carga de la prueba del hecho de no haberse ajustado la asistencia sanitaria a las reglas de la buena práctica médica, compete a quien reclama. Así, entre otras muchas ocasiones de posible cita, en el Dictamen 1/12, hemos señalado 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 práctica judicial, por todos el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, al matizar que *“en particular, [quien reclame] 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”*.

En el procedimiento de referencia, figuran tres informes periciales distintos, incorporados dos de ellos a petición del instructor, y, el tercero en orden de presentación, por los reclamantes.

En una valoración conjunta de la prueba, y comparando los tres informes, a este Consejo Consultivo no le ofrece duda la mayor fiabilidad del informe de la Inspección Sanitaria, por su mayor detalle analítico de los datos y por su más completa y convincente exposición y explicación de los presupuestos de sus conclusiones.

Es destacable, además, que el informe de la inspectora revela una diligente actividad a los fines de la reconstrucción completa de lo ocurrido sobre la que se sustenta el dictamen pericial propiamente dicho.

Así, el informe de la Inspección Sanitaria presta especial atención, a la hora de evaluar la corrección de la asistencia sanitaria prestada por los servicios madrileños de salud, a la consulta en el Servicio de Anestesia de 5 de marzo de 2010, involucrada dentro del estudio preoperatorio de la paciente con vistas a la intervención quirúrgica que había de realizarse en la Fundación B para el tratamiento de su fractura de húmero. Destaca la inspectora que, en esa consulta, el anestesista tenía a su disposición todo el material preoperatorio realizado a la paciente, consistente en radiografía de tórax (efectuada el día 28 de febrero de 2010), analítica y

electrocardiograma. Y considera que, aunque el preoperatorio no hubiera sido solicitado por el Servicio de Anestesia, sino directamente desde el Servicio de Urgencias, el anestesista, en la consulta de referencia, debería haber valorado no sólo el interrogatorio a la paciente, sino todas las pruebas complementarias realizadas antes de autorizar la realización de la intervención quirúrgica. El anestesista no tuvo en cuenta los hallazgos que sugería la radiografía a la hora de autorizar la intervención quirúrgica, y eso, dice textualmente el informe de la Inspección, “*porque ni la vio*”.

Por lo que se refiere al resultado de esa radiografía, llama positivamente la atención a este Consejo Consultivo la iniciativa e interés desplegados por la inspectora actuante que, ante la falta de constancia de la tan repetida radiografía en el historial clínico, acudió personalmente a cotejarla “*y verifica que la radiografía de fecha 28 de febrero sí fue realizada pero no fue informada por el Servicio de Radiología, por ello no existe copia de informe*”. Asimismo, “*esta inspectora consigue ver las imágenes de la radiografía de tórax (...) donde se objetiva la existencia de una imagen en campo superior izquierdo y no se objetiva afectación pleural*”.

A lo anterior añade la inspectora otro dato significativo, en relación con una segunda ocasión para detectar la patología que padecía la paciente. Así, en su informe destaca que, en la revisión de Traumatología de 6 de septiembre de 2010, en que, tras comprobarse la consolidación de la fractura, se decidió retirar el material de osteosíntesis y liberar el tejido cicatricial para mejorar la movilidad, se solicitó preoperatorio e interconsulta para que la paciente fuera valorada por el Servicio de Anestesia. Y, en la nueva valoración por el Servicio de Anestesia de la Fundación B, que tuvo lugar el 15 de septiembre de 2010, de nuevo “*no se revisó la radiografía de tórax solicitada en el preoperatorio junto con*

la analítica y el electrocardiograma". Esa radiografía torácica -la segunda- se realizó el mismo día 15 de septiembre

La falta de comprobación de los resultados de las radiografías, tanto en la consulta correspondiente al preoperatorio de la implantación de material de osteosíntesis como al de su retirada, se confirma a la vista del contenido del informe del jefe de Servicio de Anestesiología, Reanimación y Tratamiento del Dolor de la Fundación B. En su informe, aportado al procedimiento a los efectos del art. 10.1 del RPRP, no se hace referencia a que en ninguna de las revisiones se comprobara el resultado de las radiografías, y, en particular, con respecto a la segunda de ellas, recoge que *"dado que no se había producido ningún cambio importante y que la complejidad del procedimiento previsto era menor no consideró necesario revisar las radiografías de tórax (...)"*.

A juicio de la inspectora, el anestesista debería haber valorado a la paciente en consulta, no sólo mediante el interrogatorio y la exploración física, sino también mediante la comprobación o visualización de las pruebas objetivas solicitadas en el preoperatorio (radiografía de tórax, analítica y electrocardiograma). En concreto, reflexiona en el sentido de que, *"si en el protocolo de actuación quirúrgica está establecido la realización de analítica, radiografía de tórax y electrocardiograma (sobre todo en el caso de esta paciente de 68 años), esta inspectora no entiende el porqué no se revisaron posteriormente dichas pruebas y, si no se revisan, para qué se piden"*.

El informe de la Inspección Sanitaria pone en definitiva de manifiesto la concurrencia de una actuación médica inadecuada, cuyos perjuicios no existe el deber jurídico de soportar.

SÉPTIMA.- La inadecuada actuación médica en la Fundación B constituye, en sí misma considerada, un claro ejemplo de la denominada

“pérdida de oportunidad”, pues, por la indebida falta de atención a dos radiografías torácicas (de 28 de febrero y 15 de septiembre de 2010) significativas de posible y probable proceso cancerígeno, la fallecida paciente no fue diagnóstica y tratada de su más grave dolencia hasta pasado el día 15 de octubre de 2010, en que el Servicio de Radiología de la Fundación B emite informe de hallazgos muy sugestivos de un proceso neoplásico. Hay pues, un retraso diagnóstico contrario a la *lex artis*, que no puede establecerse desde las fechas de las radiografías, pues las citas y pruebas aconsejables hubiesen tardado cierto tiempo, pero que cabe considerar comprende varios meses o, cuando menos, cerca de un mes transcurrido entre el referido informe de radiología y la radiografía de 15 de septiembre, que no se valoró.

Se da en el caso la habitual incertidumbre propia de la “pérdida de oportunidad”, pues se carece de elementos de juicio para determinar en qué situación se encontraba la neoplasia pulmonar de la paciente, tanto en febrero como a mediados de septiembre de 2010 y cuáles hubiesen sido los resultados de instaurar tempestivamente los tratamientos adecuados al cáncer de pulmón que padecía.

La naturaleza indemnizable de la pérdida de oportunidad ha sido reconocida por la jurisprudencia, entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008 (RC 4476/2004), al señalar que *«la privación de expectativas (...) 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”».

En estos casos, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de enero de 2012 (RC 4795/2010), “*el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera*”. Por lo que se refiere a su valoración, ha señalado también el Alto Tribunal, que, “*aunque no quepa afirmarlo [el daño] con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido*”, sí *cabe reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad*” (léase, en el caso examinado, atención tardía). En este último sentido, la Sentencia de 28 de febrero de 2012 (RC 5185/2012).

Si la paciente no hubiese fallecido, sino que hubiese salvado la vida y fuese la reclamante en razón de secuelas o por otros conceptos para ella lesivos ligados al cáncer de pulmón, no ofrecería la menor duda la procedencia de indemnizarla, aun con la dificultad valorativa que introducen los referidos factores de incertidumbre.

Formulamos esta hipótesis para dejar claramente sentada la diferencia que presenta la concreta reclamación objeto del presente procedimiento. Porque, en este procedimiento, la reclamación no es formulada por nadie que haya padecido una “pérdida de oportunidad terapéutica”. Es formulada por cinco hermanos de la paciente, ya fallecida al tiempo de presentarse la reclamación y, en razón de unos perjuicios económicos, por la Congregación religiosa a la que pertenecía la paciente.

Como es bien sabido, una generosa aunque en absoluto irracional jurisprudencia del Tribunal Supremo, que por conocida excusa la cita, presume un daño moral para las personas más allegadas de quien fallece y, a partir de esa presunción, reconoce el derecho de esas personas a ser indemnizadas, siempre, claro es, que concurren los presupuestos genéricos y específicos de la responsabilidad administrativa patrimonial. Así, pues, salvo lo relativo a los perjuicios económicos para la congregación religiosa reclamante, el presente caso se ciñe a la indemnización de un daño moral a los cinco hermanos de la paciente fallecida a causa de un adenocarcinoma de pulmón, detectado cuando se encontraba en el estado IV, puesto que, como ya se dijo, la pretensión de indemnizar a los reclamantes por su condición de herederos fundada en una cantidad ya pagada por la hermana fallecida no puede ser considerada sino temeraria.

OCTAVA.- A la hora de valorar los daños a los hermanos reclamantes cabe, como plantea la reclamación desde el principio y secunda la Administración consultante en la propuesta de resolución que ahora dictaminamos, acudir al baremo anual de indemnizaciones derivado del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Precisamente por ser la incertidumbre innata a la pérdida de oportunidad, debe ser desechada la posición que, en torno a la valoración del daño sufrido por el fallecimiento, asumen tanto los reclamantes, el informe que se emite a propuesta del instructor y la misma propuesta de resolución. A su juicio, los hermanos reclamantes, en cuanto a este primer concepto indemnizatorio, deberían ser resarcidos equiparando los días que transcurrieron desde que en informe de Radiología de 15 de septiembre de 2010 se recogía la comprobación de un infiltrado en el campo superior

izquierdo sugestivo de un proceso neoplásico hasta la fecha del fallecimiento, a días de baja por enfermedad padecidos por la difunta.

La valoración de la propuesta de resolución nos parece inadecuada incluso desde la perspectiva que la anima, pues pretende cuantificar lo que la paciente podía haber vivido (es decir, la oportunidad perdida por ella) tomando en consideración lo que, de hecho, vivió. Se trata de un criterio que consideramos poco acertado pues no se ajusta ni siquiera mínimamente al propósito de indemnizar el daño moral de los reclamantes y toma en consideración, con discutible analogía, determinados días de sufrimiento físico de la paciente.

Cabe también, siempre atendiendo al citado baremo, tomar en cuenta la indemnización que con carácter general corresponde a los hermanos del finado en casos de fallecimiento, aplicando la reducción porcentual que, en cada caso y en función de las circunstancias concurrentes, corresponda.

En el caso de los hermanos reclamantes, atendida la fecha del fallecimiento, habría que estar a lo dispuesto en la Resolución de 20 de enero de 2011, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2011 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. En la Tabla I de su Anexo, se cuantifica la valoración del perjuicio moral a los hermanos del fallecido (Grupo V), atendida la edad de la paciente (68 años), en 63.494 euros.

A la hora de apreciar el porcentaje en que debe disminuirse esa cantidad, debe considerarse que, entre abril-mayo de 2010 (tiempo estimado del posible diagnóstico con base en los resultados de la primera radiografía torácica significativa a la paciente) y octubre de ese mismo

año, transcurren siete meses, lapso temporal que puede estimarse definitivo del estadio avanzado IV, según recoge la Inspección Sanitaria y se deduce de los informes médicos aportados por los reclamantes) que presentaba la enfermedad en el momento de ser diagnosticada por la Clínica C. Aunque el informe de la Inspección Sanitaria destaca la imposibilidad de conocer *“en qué estadio se encontraba dicho proceso en marzo de 2010, ni las posibilidades de curación que hubiese tenido la paciente si se le hubiera diagnosticado el proceso neoplásico en marzo de 2010, porque la medicina no es una ciencia exacta”*, puede presumirse razonablemente que un diagnóstico anterior, en abril de 2010, no hubiera permitido aumentar significativamente la esperanza de éxito en el tratamiento de la dolencia dada la malignidad de los adenocarcinomas pulmonares ni hubiera evitado sufrimientos a la paciente durante el tratamiento, porque no se debe olvidar que a finales de octubre y en noviembre de 2010, en la Clínica C se detecta, no un cáncer de pulmón más o menos localizado o extendido, sino una afectación metastásica muy generalizada, con manifestaciones en cerebro, huesos, zonas gastroesofágica y suprarrenal, etc., por lo que es razonable y conforme a la experiencia clínica pensar en una muy limitada esperanza de vida al tiempo en que, a partir de las citadas radiografías torácicas, debería haberse estudiado a fondo a la paciente y, previsiblemente, diagnosticado el cáncer. De esta forma, a la referida cantidad de 63.494 euros, se le habría de aplicar una reducción de un 60%, quedando disminuida a 10.400 euros, a repartir por partes iguales entre todos los hermanos, es decir, que a cada uno de ellos debe resarcírsele en un importe de 2.080 euros.

En cuanto a indemnizar a estos reclamantes ciertos gastos relacionados con el tratamiento de la enfermedad de su hermana, la paciente fallecida, ya dijimos que sus hermanos herederos y reclamantes no debían afrontar una deuda por los gastos de alquiler domiciliario de bombonas de oxígeno

pagados durante los meses de noviembre de 2010 a abril de 2011, pues habían sido pagados por su hermana. Y si esta concreta reclamación, que no justifican, la considerasen amparado en la transmisión a ellos, *mortis causa*, de una suerte de crédito de su hermana frente a la Administración sanitaria, habría de oponerse a esa pretensión la mayoritaria doctrina de este Consejo sobre intransmisibilidad del hipotético derecho de su hermana, que consideramos personalísimo.

Con todo, cabe también, para valorar el daño moral en el caso presente prescindir del baremo orientativo y tomar en consideración, como circunstancias de razonable influencia, que la paciente fallecida no convivía habitualmente con sus hermanos, residentes en León capital y en otras localidades de esa provincia, mientras que la religiosa fallecida tenía su residencia en convento situado en Madrid. Asimismo, del expediente se desprende con toda claridad o puede deducirse con buen criterio que fueron miembros de la Congregación religiosa a la que pertenecía la paciente fallecida quienes se ocuparon de ella. Cuando la reclamación afirma que la paciente fue vista y tratada en la Clínica C se expresa en términos sumamente impersonales, que no aclaran de quién partió la iniciativa de acudir a ese centro médico, pero, por una parte, no afirman que fuese uno o varios hermanos los que lo recomendaron y, por otra parte, sí es un hecho cierto que los gastos de asistencia en la citada Clínica fueron abonados por la congregación religiosa y que la misma paciente fallecida pagó los costes de la oxigenoterapia domiciliaria en los períodos de alta. Es de señalar, finalmente, que la reclamación no contiene ni una sola referencia al dolor o sufrimiento no físico de los hermanos reclamantes por la muerte tal vez prematura de su hermana: se trata de un texto que dedica el mayor espacio a exponer los datos médicos y a argumentar la existencia de mala praxis y que, después (pág. 6 de la reclamación y del expediente), formula un cálculo indemnizatorio ceñido estrictísimamente al baremo propio del TR del Real Decreto Legislativo

8/2004, con la mera afirmación no argumentada de ser aplicable la analogía y teniendo como referencia matemática las indemnizaciones por muerte que corresponden a los hermanos y, lo que consideramos de gran importancia, desconociendo que la infracción de la *lex artis* no causó la muerte de la paciente, sino una pérdida de oportunidad. En otros términos: se articula la reclamación como si estuviese dirigida a una compañía aseguradora en razón de un contrato de seguro. Este frío planteamiento de los reclamantes es un indicio más de la escasa entidad del daño moral o, en todo caso, de un nulo esfuerzo en ponerlo de manifiesto, que este Consejo Consultivo no puede ni debe subsanar.

Por todo lo expuesto, se considera razonable una indemnización a los cinco hermanos de dos mil (2.000 euros) a cada uno de ellos.

NOVENA.- La Congregación A, también reclamante, no formula reclamación por daño moral, sino que solicita verse indemnizada por un importe de 43.442,52 euros por los gastos producidos para la asistencia de la paciente en la Clínica C, según desglose reflejado al folio 182, y facturas de fechas 26 de octubre de 2010 a 16 de mayo de 2011 (págs. 183 y ss.).

En relación con los gastos de asistencia sanitaria producidos en la sanidad privada, tiene establecida este Consejo Consultivo la doctrina de que no deben ser objeto de resarcimiento, salvo que la decisión de acudir a la medicina privada venga motivada por la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, es decir, que se trate de un enfermo que no haya tenido más alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada (v., por todos, nuestro Dictamen 209/09 y la Sentencia de 31 de mayo de 2007, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9^a, rec. 174/2004).

En el caso que nos ocupa, no resulta acreditado del expediente que la paciente se viese obligada a acudir a la Clínica C. Por el contrario, aunque no constan las razones de su decisión, es obvio que, al iniciarse la crisis respiratoria con que ingresó en ese centro médico privado, estaba en su mano acudir a centros médicos de la sanidad pública, en Navarra y Pamplona. Hemos de concordar, en este punto, con la propuesta de resolución.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, al haberse acreditado que la actuación médica pretendidamente deficiente fue contraria a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, indemnizando a los hermanos reclamantes en un importe total de 10.000 euros, a repartir por partes iguales, y no procede indemnizar a la Congregación religiosa también reclamante.

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

Madrid, 27 de noviembre de 2013