

Dictamen n^o: **598/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.10.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 26 de octubre de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por P.J.P., J.L.J.P., G.J.J.P., R.J.P. y E.I.J.P. por un seguimiento supuestamente insuficiente en el Hospital Puerta de Hierro del melanoma de corioideo que padecía la esposa y madre de los reclamantes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante escrito de 1 de septiembre de 2011, registrado de entrada el 7 del mismo mes, se formula preceptiva 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. Éste formula y firma la propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 26 de octubre de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, en formato CD, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos relevantes:

El 12 de abril de 2006, los interesados presentan escrito de reclamación en el registro de la Delegación del Gobierno en Murcia, en el que exponen:

Que formulan la reclamación como esposo e hijos de la fallecida así como en su condición de herederos de la misma. Aportan certificado de defunción, testamento otorgado por la finada y libro de familia.

Que, en el año 1998, la paciente, esposa y madre de los reclamantes, fue diagnosticada de melanoma de corioideo en el ojo derecho. Este es el tumor primario intraocular más común en adultos y se origina de las células pigmentadas de la coroides del ojo, por lo que no es un tumor que se inicia en otras partes del cuerpo y se disemina al ojo. El melanoma corioideo es maligno, lo que significa que es un cáncer que puede metastatizar y eventualmente diseminarse a otras partes del cuerpo.

Al objeto de tratar dicha dolencia, a la paciente se le practicó inicialmente una braquiterapia con hilos de iridio, termoterapia transpupilar con láser de diodo, con posterior aplicación de radioterapia en un intento por conservar el ojo afectado y posiblemente la visión útil. En el año 2001, tras la aparición del melanoma de coroides con recidiva local hubo de practicarse la enucleación del ojo derecho como última solución para tratar el tumor. La intervención le fue practicada en el Hospital Puerta de Hierro y se siguió íntegramente el control y revisión postoperatorios en el mismo centro hospitalario hasta la fecha de fallecimiento de la paciente.

Tras la práctica de la enucleación llevada a cabo para remover el tumor, la paciente siguió acudiendo puntualmente al Hospital Puerta de Hierro a fin de realizar revisiones de control, con una periodicidad de tres meses durante el primer año, para continuar seguidamente con revisiones anuales.

Es importante enfatizar –señalan los reclamantes– la importancia de la realización de revisiones oftalmológicas periódicas en pacientes con antecedentes de melanoma de corioideo, pues el riesgo de sufrir un cáncer recurrente aumenta.

Esta práctica permite una importante mejoría en la calidad de asistencia de estos pacientes al detectar estas enfermedades en estadios precoces cuando todavía son susceptibles de ser tratados con terapias adecuadas, que contrarresten y controlen los efectos de la enfermedad.

En estas situaciones se deben practicar exámenes/controles médicos trimestrales que deben incluir funduscopy, toma de fotografías y estudios ecográficos, dado que la principal complicación de esta opción es la posible activación del tumor y su crecimiento.

Todo el control/revisión de la enfermedad de la causante se desarrolló en el Hospital Puerta de Hierro mediante revisiones periódicas que fueron dilatándose en el tiempo, llegando a ser anuales una vez transcurrido el primer año desde la intervención de enucleación. Los reclamantes afirman que el relajado protocolo médico de revisión aplicado a la paciente resulta a todas luces insuficiente, máxime teniendo en cuenta que todos los estudios médicos que se han desarrollado del melanoma de coroides concluyen en que este tipo de cáncer suele ser recurrente e incluso en un gran número de caso puede derivar en metástasis. Para tal conclusión se han tomado como base estudios estadísticos que demuestran que el control permanente del estado del paciente es prioritario para poder detectar a la mayor celeridad el tumor recurrente (no aportan estos estudios a la reclamación ni se efectúa cita de los mismos).

Plantean los reclamantes que no se dio estricto cumplimiento por parte del Hospital Puerta de Hierro al protocolo médico pertinente, que, atendiendo a la agresividad del carcinoma y a la frecuencia de su

recurrencia, establece un periodo de control revisión mucho más próximo en el tiempo. Ello obedece -reiteran los reclamantes- a que es de vital importancia detectar en fases muy precoces este tipo de tumor para contrarrestar del modo más adecuado y rápido sus efectos.

El estudio del estadio del cáncer puede incluir gammagrafías, como las de hígado y huesos, estudios con contrastes, tomografías computadorizadas (TC) o imágenes por resonancia magnética (RM) para determinar si el cáncer se ha extendido. En el caso del melanoma de coroides que padecía la fallecida, una exploración con ultrasonidos (ecografía), procedimiento indoloro e inofensivo que utiliza ondas sonoras que muestran la estructura de los órganos internos, hubiese sido suficiente para identificar y determinar el tamaño del cáncer de hígado y haber actuado en consecuencia.

También reprochan la asistencia prestada a la fallecida en Murcia, hechos que no son relevantes para la emisión del presente dictamen.

Por lo expuesto, solicitan una indemnización valorando los daños, según exponen: *“En base a las circunstancias concurrentes y a que el error en el diagnóstico está en estrecha relación con la muerte de [la fallecida] estimamos la cantidad de trescientos un mil euros (300.001'00 €) como ajustada a Derecho, a pesar de que como adelantamos ninguna cantidad económica puede compensar en modo alguno tan gran pérdida humana. Subsidiariamente, para el caso de desestimación de la citada indemnización, y tomando como bases/reglas para su cuantificación con carácter analógico seguido en supuestos como el presente el Baremo establecido por la Disposición Adicional 8ª de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado para los daños y lesiones sufridas como consecuencia de los accidentes de circulación (Ley 30/95) para el año 2005 calculamos la indemnización conforme a la Tabla 1 a del Anexo*

Uno que recoge las indemnizaciones básicas por muerte, incluidos daños morales.

1º) Indemnizaciones Básicas

- a) A [cónyuge]: 93.166,95 euros.*
- b) A [hijo menor de edad]: 38.819,56 euros.*
- c) A [hija de 20 años]: 15.257,82 euros.*
- d) A [hija de 25 años]: 7.763,91 euros.*
- e) A [hijo de 28 años]: 7.763,91 euros.*

2º) Factores de Corrección

- a) Perjuicio Económico de la víctima (10 %): 16.504'22 euros*
- b) Circunstancias familiares especiales: Incapacidad laboral del esposo perjudicado (25 % sobre a): 23.291'74 euros.*

La cuantía total de la indemnización obtenida siguiendo este método de valoración ascendería a doscientos cuatro mil ochocientos treinta y siete con noventa y seis euros (204.837'96 €) ”.

De la documentación clínica que obra en el expediente se desprende lo siguiente:

La paciente fue vista por primera vez en consulta de Oftalmología del Hospital Puerta de Hierro, el 28 de julio de 1998, con el diagnóstico de melanoma coroideo en ojo derecho. En la ecografía se apreciaba un tumor coroideo cupuliforme, de reflectividad interna baja, de 2,9 mm de espesor, 8,3 mm de base transversal y 12,2 de base longitudinal. El 19 de agosto de 1998, se realizó tratamiento con termoterapia transpupilar con láser diodo (TTT), se revisó a la semana, al mes y a los 2 meses post-TTT,

observándose crecimiento en espesor (a 3,5 mm) y marginal (10,6x14,5 mm), por lo que se indicó tratamiento con braquiterapia.

Tras consulta en Oncología Radioterápica, el 12 de noviembre de 1998 se procedió a la colocación de 4 hilos de Iridio 192 que fueron retirados 3 días después.

En consulta de 17 de febrero de 1999, primera visita post-braquiterapia, se comprobó por ecografía la reducción del volumen tumoral, con 2,4 mm de espesor y se indicó revisión en 3 meses. El 20 de mayo de 1999 presentaba una agudeza visual en OD de 0,05 difícil, y en la ecografía un espesor del tumor de 2,3 mm, base transversal de 7,5 mm y base longitudinal de 10,7 mm. Se citó a la paciente en 6 meses.

En revisión efectuada el 18 de noviembre de 1999, la paciente presentaba una agudeza visual de 0,05 difícil, y en la ecografía un espesor de 1,8 mm, base transversal de 6,2 mm y longitudinal de 12,2 mm, por lo que, a la vista de la reducción del tumor, se indicó revisión en 1 año.

El 28 de noviembre de 2000, la paciente presentaba una agudeza visual en OD de movimiento de manos, en el fondo de ojo y ecografía ocular se comprueba remisión (1,7 mm de espesor), síntomas de ojo seco, cito en 1 año.

En esta misma fecha fue vista en consulta de Oncología Radioterápica, donde refirió pérdida de visión acusada, dolor retroocular, ojo con sequedad, no molestias sistémicas, dispepsia que ya tenía antes y se encontraba muy angustiada por miedo a que se volviera a reproducir. Se anotó que la paciente estaba en tratamiento farmacológico para su depresión, que ya tenía con anterioridad.

El 9 de octubre de 2001, en la ecografía ocular se comprobó crecimiento tumoral, 8,7 mm de espesor y 18,2 mm de base transversal, se

diagnostica de recidiva local tumoral y glaucoma neovascular, ojo ciego y doloroso. Como tratamiento se programó para enucleación, que se realizó el 19 de octubre de 2001.

Fue vista en consulta el 23 y el 29 de octubre de 2001. Según informe anatomopatológico se trataba de un melanoma fusocelular, se indicó que podía acudir al protésico.

Fue vista por última vez en Oftalmología el 13 de noviembre de 2001.

Este mismo día, acudió a consulta en Oncología y se la citó en 3 meses. No consta que la enferma acudiera a esta cita y la siguiente consulta en Oncología del Hospital Puerta de Hierro tuvo lugar el 29 de enero de 2003. Ese día, la paciente refirió dolor hemicraneal derecho desde la cirugía, no presentaba dolor a otros niveles, ni hepatomegalia, la analítica fue normal, incluyendo enzimas hepáticas normales, salvo aumento de glucemia. Se solicitó analítica y se citó en 1 año.

En consulta de 28 de enero de 2004, la analítica fue normal incluyendo transaminasas, no molestias salvo picor en ojo contralateral, manifestó dolores óseos de larga evolución. Se citó en 1 año.

Con fecha 13 de julio de 2005 consta anotado en la historia: *"nos comunican fallecimiento por metástasis hepáticas el 21 de junio de 2005"*.

TERCERO.- Por los hechos que anteceden, se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo establecido en los artículos 39 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 Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Además del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, se han incorporado al expediente:

- Historia clínica de la paciente (folios 49 a 120).
- Informe del jefe del Servicio de Oftalmología, de 1 de agosto de 2006 (folio 62), complementado a petición del inspector el 16 de noviembre de 2006 (folio 120).
- Informe del jefe del Servicio de Oncología Radioterápica y de los médicos intervinientes de este Servicio, de 7 de agosto de 2006 (folios 50 a 61), complementado a solicitud del inspector médico el 22 de noviembre de 2006 (folios 123 y 124).
- Informe de la Inspección Sanitaria, de 11 de diciembre de 2006 (folios 196 a 203), que concluye: *“consideramos que la actuación médica del Servicio de Oftalmología y del Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital Puerta de Hierro ha sido correcta y adecuada a los conocimientos médicos actuales, y que dadas las características de este tipo de tumor, aunque se hubieran establecido unas revisiones médicas más extensas y frecuentes no se hubiera evitado el fallecimiento de la paciente, ya que las metástasis pueden llegar a diagnosticarse hasta 20 años después del diagnóstico inicial del melanoma y al no haber tratamiento efectivo de dichas metástasis no se hubiera podido evitar tan fatal desenlace”*.
- Informe pericial solicitado por la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, emitido por dos doctoras especialistas en Oftalmología, que concluye:

“1. La reclamante padeció un melanoma corioideo ocular (tumor maligno del globo ocular), que fue tratado de manera adecuada en el Hospital Puerta de Hierro. Se aplicó primero tratamiento local mediante termoterapia transpupilar, y posteriormente braquiterapia (radioterapia

local). Finalmente, se tuvo que proceder a la enucleación (extirpación del globo ocular).

2. El diagnóstico y tratamiento de la reclamante fue adecuado, y desgraciadamente no se puede afirmar (y por eso en este tipo de enfermedad no se hace énfasis en el diagnóstico precoz de las metástasis) que el hecho de realizar revisiones más frecuentemente, o de diagnosticar las metástasis hepáticas de manera más precoz, hubiese tenido ningún tipo de influencia (ni positiva ni negativa) en el pronóstico de la enfermedad, o en las posibilidades de supervivencia de la paciente

3. No es correcto afirmar, como hacen los herederos de la reclamante, que si se hubiesen realizado revisiones con mayor frecuencia, se hubiese asegurado un diagnóstico a tiempo (del cáncer de hígado que sufrió años después, en 2005) y un tratamiento inmediato que hubiese impedido el desenlace posterior. Desgraciadamente, las metástasis hepáticas que sufrió la reclamante no tenían ni tratamiento preventivo, ni tratamiento curativo, el momento de diagnóstico de las mismas no era relevante, ya que la supervivencia no mejora aunque el diagnóstico se haga de forma más precoz. Y desgraciadamente no hay ninguna manera de impedir que un melanoma de coroides metastatice, ni mediante tratamientos ni mediante revisiones más frecuentes.

4. Tampoco es correcto afirmar que si el Hospital [centro de Murcia en que se trató a la enferma y que también es reclamado] hubiese realizado el diagnóstico de las metástasis hepáticas el 3 de diciembre, el tratamiento, el avance de la enfermedad, el estado de la paciente, y las posibilidades de supervivencia habrían sido distintas, y hubiese ayudado a salvar su vida o al menos retardar su muerte. Esto no es correcto, ya que las metástasis hepáticas del melanoma coroideo no tienen ningún tratamiento útil, ni existe ningún tratamiento que haya demostrado

alargar la vida del paciente, ni evitar su fallecimiento, independientemente del momento en que se diagnostiquen dichas metástasis”.

Se ha conferido el trámite de audiencia a los interesados el 2 de octubre de 2009, notificado el 9 de noviembre, en observancia de lo dispuesto en los artículos 84.1 de la LRJ-PAC y 11 del citado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En uso de este trámite, los reclamantes formulan alegaciones en las que muestran su disconformidad con los informes incorporados al expediente argumentando:

Que los informes son “deterministas” al afirmar que las metástasis derivadas del cáncer padecido por la fallecida no son curables, afirmando que “tal «determinismo» es contradictorio con el argumento estadístico que se ofrece primero pues en dicha estadística no se infiere tal imposibilidad, sino que se nos ofrecen posibilidades apriorísticas (2/3 de no sufrir metástasis en los 5 primeros años y 1/3 -la mitad en los 10 primeros años ... etc.)”.

Que no se han seguido los plazos de revisión recomendados: “Se argumenta que las revisiones han seguido el protocolo médico en estos casos, sin embargo un análisis del expediente evidencia que ello sólo se produce entre febrero y noviembre de 1999 se realizan tres controles/revisiones, en los que no se evidencia nada significativo. Por el contrario, transcurren dos años hasta otra revisión, y no es hasta un año y tres meses más tarde (octubre de 2001) cuando, a instancias de la fallecida por los dolores que padece, se le realiza revisión... que concluye con la enucleación del ojo; y, tras ello, las revisiones no se realizan en intervalos de 6 meses sino de más de un año, y siempre a instancias de la paciente”. (...) “Tanto la bibliografía como los doctores del Servicio de Oncología Radioterápica que le trataron en el Hospital Puerta de Hierro

de Madrid, coinciden que los primeros 5 años debe revisarse cada 6 meses. La paciente tuvo recidiva tumoral en el 2001, por tanto en el año 2004 debía estar siendo revisada semestralmente bien por este servicio o bien por el Servicio Murciano de Salud. La paciente estaba siendo revisada anualmente”.

Por lo cual insisten en que la enferma debió haber estado sometida a revisiones periódicas más frecuentes.

El 13 de junio de 2011, la Secretaria General del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución desestimatoria.

El Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad emitió informe el 9 de agosto de 2011 en el que informa que procede la desestimación de la reclamación.

A la vista de los relatados antecedentes de hecho, cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia del marido y los hijos de la paciente.

No cabe dudar de su legitimación activa como familiares en virtud del daño moral ocasionado por el fallecimiento de su esposa y madre, quedando la relación de parentesco acreditada mediante la presentación de libro de familia.

Sin embargo, no procede la legitimación activa como herederos, ya que no cabe que sucedan a la fallecida en una indemnización por los daños físicos padecidos por esta al tener estos daños el carácter de personalísimos, de suerte que, como tales, sólo pueden ser reclamados por la persona que los ha padecido.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2004 (Recurso 7002/2000) establece que *“No se solicita por quienes ejercen esta acción que se repare el perjuicio que derivó para ellos del fallecimiento del ser querido sino que lo que se pretende que se repare es el pretium doloris que aquél experimentó durante el tiempo que transcurrió entre que se le diagnosticó la enfermedad y su muerte.*

No es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica, y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad que le fue transmitida. Esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral, e, incluso, si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización, los beneficiarios de ella in iure proprio, que no como herencia puesto que la indemnización no habría alcanzado a integrarse en el caudal hereditario, y, aun si así fuese, quienes tuvieran derecho a ella lo tendrían por el título de convivencia y afectividad más que por el de herederos propiamente dicho.

El daño moral que por la muerte de su hijo y hermanos pudieron reclamar los recurrentes ya les fue reconocido por la Sentencia en su momento”.

Así pues, la legitimación activa queda circunscrita únicamente al daño moral, pero ha de negarse en lo que respecta al sufrimiento de la enferma.

Concurre legitimación pasiva en la Comunidad de Madrid, al encontrarse el Hospital Puerta de Hierro integrado en la red pública sanitaria del Servicio Madrileño de Salud, si bien únicamente respecto de la actuación médica prestada en este centro y no por las actuaciones médicas que también son objeto de reproche y que fueron prestadas en la sanidad pública murciana, respecto de las que la legitimación pasiva es inexistente.

No nos encontramos, en este caso, ante un supuesto de responsabilidad solidaria, sino ante un caso en el que cada Administración debería responder de las actuaciones prestadas por sus respectivos centros, ya que tal como establece el artículo 140.2 LRJ-PAC: *“En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no se posible dicha determinación”*. En el caso objeto de este dictamen, están perfectamente diferenciadas las asistencias recibidas en Madrid y en Murcia (aquí no mencionadas), por lo que no procede la responsabilidad solidaria, sino la que se derive de las concretas actuaciones prestadas por el Hospital Puerta de Hierro a la paciente.

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de*

carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”.

En el caso sometido a dictamen, consta que la enferma falleció el 1 de junio de 2005, por lo que la reclamación presentada el 12 de abril de 2006 ha de considerarse formulada en plazo.

TERCERA.- En cuanto al procedimiento, es necesario señalar especialmente que el referido informe del Servicio Jurídico en la Consejería se ha emitido con posterioridad al trámite de audiencia concedido a los reclamantes. Tal irregularidad no es invalidante en este caso por cuanto el informe no aporta nada nuevo al expediente, limitándose a dar escueto respaldo jurídico a la propuesta de la Administración, de modo que el desconocimiento de ese informe no puede causar indefensión a los reclamantes.

Cosa distinta es que no resulte razonable ni procedimentalmente justificado que el informe del Servicio Jurídico aparezca emitido con posterioridad a la propuesta de resolución y no ésta con posterioridad al asesoramiento jurídico que la Consejería tenga previsto obtener internamente, como sería, en cambio, razonable (arg. art. 82 LRJAP-PAC). Este Consejo Consultivo entiende que los expedientes de responsabilidad patrimonial deben finalizar con las correspondientes propuestas de resolución y es sobre éstas, con conocimiento de todos los antecedentes, sobre las que emite dictamen jurídico preceptivo este órgano consultivo.

El informe jurídico interno de la Consejería emitido con posterioridad a la propuesta de resolución, además de no responder a ningún criterio lógico y aparecer como una suerte de control jurídico de la propuesta en lugar de un elemento digno de consideración para formularla, presenta el riesgo de que, en cuanto no se limite a respaldar la propuesta de modo escueto y

meramente formal, exija no dar por finalizado el procedimiento sin permitir a los interesados en el procedimiento formular alegaciones (art. 84 LRJAP-PAC), lo que implicaría, para este Consejo, la necesidad jurídica de devolver el expediente a fin de que no se aprecie indefensión al tramitarlo.

Es deseable, por lo expuesto, a juicio del Consejo Consultivo, que, conforme al procedimiento legal y a la racionalidad administrativa, los asesoramientos jurídicos internos de las Administraciones consultantes sean previos a las propuestas de resolución, con las que deben terminar los expedientes antes de ser remitidos para preceptivo dictamen de este Consejo.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, 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."

2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

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

En el caso que nos ocupa está acreditado el fallecimiento de una persona, mediante informe médico, que provoca un “*daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 -recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-) y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 -recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 -recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995 -recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica. No habiéndose reclamado ni acreditado la dependencia económica de los reclamantes respecto de la finada, el daño se circunscribe al estrictamente moral.

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

Es necesario valorar si la intervención sanitaria cuestionada se ajustó a los parámetros de la *lex artis*, esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que enervaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia, “*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*” (Sentencias del Tribunal

Supremo 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-), o lo que es lo mismo, no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

SÉPTIMA.- Alegan los reclamantes una insuficiencia de medios en la atención dispensada a la enferma al afirmar que no se efectuaron las revisiones y el seguimiento de su enfermedad con la periodicidad adecuada, sino con una periodicidad mayor.

Así en sus alegaciones afirman: *“Se argumenta que las revisiones han seguido el protocolo médico en estos casos, sin embargo un análisis del expediente evidencia que ello sólo se produce entre febrero y noviembre de 1999 se realizan tres controles/revisiones, en los que no se evidencia nada significativo. Por el contrario, transcurren dos años hasta otra revisión, y no es hasta un año y tres meses más tarde (octubre de 2001) cuando, a instancias de la fallecida por los dolores que padece, se le realiza revisión... que concluye con la enucleación del ojo; y, tras ello, los revisiones no se realizan en intervalos de 6 meses sino de más de un año, y siempre a instancias de la paciente”. (...) “Tanto la bibliografía como los doctores del Servicio de Oncología Radioterápica que le trataron en el Hospital Puerta de Hierro de Madrid, coinciden que los primeros 5 años debe revisarse cada 6 meses. La paciente tuvo recidiva tumoral en el 2001, por tanto en el año 2004 debía estar siendo revisada semestralmente bien por este servicio o bien por el Servicio Murciano de Salud. La paciente estaba siendo revisada anualmente”.*

Estas afirmaciones quedan desmentidas por los datos de la historia clínica: en el Servicio de Oftalmología, tras la consulta de 18 de noviembre de 1999 se cita a la paciente para revisión en un año y consta la consulta realizada el 28 de noviembre de 2000, en la que se comprueba remisión y disminución de tamaño del tumor, por lo que se cita de nuevo en un año

constando igualmente la consulta realizada el 9 de octubre de 2001 en la que se diagnostica recidiva y se programa la enucleación del ojo, que se realiza el 19 de octubre de 2001. El Servicio de Oftalmología, tras las revisiones postoperatorias, da de alta a la paciente el 13 de noviembre de 2001 puesto que, como expresa el informe pericial incorporado al expediente, *“una vez realizada la enucleación (extirpación completa del globo ocular, que es donde se asentaba el tumor primario), no es posible realizar revisiones oftalmológicas del ojo, ya que ese ojo ya no existe”*.

En cuanto a las revisiones en el Servicio de Oncología, consta que tras la consulta de 13 de noviembre de 2001 se citó a la paciente a los tres meses sin que ella acudiera a la cita, no volviendo a la consulta de Oncología Radioterápica hasta el 29 de enero de 2003.

A partir de esta consulta la paciente es revisada anualmente y no semestralmente, como exponen los reclamantes, pero esta circunstancia queda explicada en el informe emitido por el Servicio de Oncología Radioterápica: *“Dado que las metástasis de los melanomas de la coroides no tienen tratamiento efectivo, no existen pautas de seguimiento oncológico establecidas. Cabe reseñar como ejemplo que el grupo Collaborative Ocular Melanoma Study Group de los Estados Unidos estableció para el seguimiento una periodicidad de seis meses durante los primeros cinco años y de anual a partir del quinto año (Arch Ophthalmol. 2001;119:969-982, J Clin Oncol 2004; 22:2438-2444). Es preciso reseñar que en la investigación clínica los intervalos entre revisiones son menores porque no sólo se pretende el beneficio del paciente, sino que intentamos obtener información científica adicional, lo que requiere un control pautado y más frecuente. En cuanto a los estudios a realizar en la evaluación oncológica se limitan por lo general a análisis básicos con enzimas hepáticos (Arch Ophthalmol. 2001; 119:969-982; J Clin Oncol 2004; 22:2438- 2444). Otras pruebas, como la ecografía*

hepática, se solicitan cuando la paciente refiere síntomas o cuando se observan alteraciones de los valores de los enzimas hepáticos (Arch Ophthalmol. 2001; 119:969-982; J Clin Oncol 2004; 22:2438-2444). Las metástasis del melanoma de coroides no tienen tratamiento efectivo. El diagnóstico precoz de las metástasis no mejora las expectativas de supervivencia (J Clin Oncol 2005; 23:8076-8080). Por esta razón los expertos son muy escépticos acerca de la utilidad de las revisiones y del seguimiento de estos pacientes (Expert Rev Anticancer Ther 2006; 6:493-506; Ophthalmol Glin North Am. 2005;18:143-150; Int Ophthalmol Glin 2006; 46:133-149) ”.

Posteriormente, el mismo informe insiste: “Como se ha mencionado anteriormente la periodicidad es correcta y es la aplicada por los grupos internacionales que tienen las experiencias más extensas en melanomas de la coroides como el Collaborative Ocular Melanoma Study Group pese a que la frecuencia de las revisiones realizada por los grupos de investigación es frecuentemente mayor que la que se precisa en la rutina clínica por tratarse de grupos de investigación (Arch Ophtha/mol. 2001; 119:969-982; J Clin Oncol 2004; 22:2438-2444). La ausencia de ventaja de una periodicidad mayor se debe a que unas revisiones más frecuentes no impiden que aparezcan las metástasis, las metástasis no tienen tratamiento efectivo y no son curables y el inicio del tratamiento cuando las metástasis son más pequeñas no mejora la supervivencia (J Clin Oncol 2005; 23:8076-8080). Por esta misma razón no hay prueba de que una ecografía hepática realizada cuando la paciente no presentaba síntomas hubiese resultado beneficiosa, dado que el proceso que se hubiese podido diagnosticar mediante la ecografía habría sido de todos modos incurable”.

En definitiva, no existen protocolos que establezcan un plazo de revisión semestral en los primeros cinco años, sino que se trata de un periodo

establecido dentro de un estudio de investigación científica con fines no terapéuticos sino investigadores. No cabe, por tanto, considerar incumplido protocolo médico alguno.

La discrepancia de fondo sobre este asunto planteada por los reclamantes es que no admiten lo que denominan “*determinismo*” al considerar que la rotunda afirmación de que la metástasis sufrida por la fallecida era incurable es contradicha por los datos estadísticos aportados por los informes: “*tal «determinismo» es contradictorio con el argumento estadístico que se ofrece primero pues en dicha estadística no se infiere tal imposibilidad, sino que se nos ofrecen posibilidades apriorísticas (2/3 de no sufrir metástasis en los 5 primeros años y 1/3 -la mitad en los 10 primeros años ... etc.)*”.

Sin embargo, la estadística citada no se refiere a supuestos curables o incurables de metástasis sino a supuestos de aparición de metástasis o no. Quedando claro, a la vista de los informes médicos aportados, que la metástasis puede existir desde el momento de diagnóstico del melanoma de coroides, aunque se manifieste con posterioridad.

Así, el informe pericial emitido por dos oftalmólogas expresa: “*En el momento del diagnóstico del tumor primario (melanoma ocular), solamente el 2 por ciento de los pacientes presentan metástasis apreciables (diseminación a distancia), aunque para que dichas metástasis puedan apreciarse y detectarse deben tener un tamaño relativamente grande. Se cree que alrededor de un tercio o un medio de los pacientes presentan, en el momento del diagnóstico del tumor primario (...)*

En este caso concreto, desgraciadamente, hay que tener en cuenta un punto importante: las metástasis del melanoma (es decir, la diseminación del melanoma a otras partes del cuerpo -en este caso el hígado- diferentes del tumor inicial -en este caso ocular-) no tiene ningún tipo de

tratamiento útil, independientemente de cuándo se realice su diagnóstico. Por lo tanto, el hecho de diagnosticar dichas metástasis de forma precoz no mejora la supervivencia de los pacientes, ya que no existe tratamiento efectivo para las mismas. Y es precisamente por esto por lo que no existen pautas de diagnóstico precoz (revisiones periódicas frecuentes...) recomendadas en la literatura médica al respecto”.

A la vista de este informe, que los reclamantes pretenden rebatir confundiendo probabilidades de metástasis con probabilidades de curación del cáncer metastatizado, resulta claro que no se ha producido un incumplimiento en la obligación de medios de la Administración sanitaria, ya que no existe, ni puede existir, una obligación de resultados, como quedó expuesto en la consideración jurídica sexta.

El informe de la Inspección Sanitaria es también claro al concluir que las metástasis del melanoma ocular carecen de tratamiento efectivo, por lo que no se hubiera podido evitar el fallecimiento de la paciente.

Tanto el informe pericial como el de la Inspección confirman la adecuación de la asistencia recibida por la paciente a la *lex artis*.

El informe del médico inspector expresa literalmente: “Consideramos que la actuación médica del Servicio de Oftalmología y del Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital Puerta de Hierro ha sido correcta y adecuada a los conocimientos médicos actuales”.

Esta afirmación determina la aplicación del artículo 141.1 LRJ-PAC: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Puesto que, en el momento actual, la Medicina no puede suministrar tratamiento a las metástasis derivadas del melanoma de coroides, el fallecimiento por este mal era inevitable según el estado actual de conocimientos de la ciencia, por lo que no entraña un daño antijurídico.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración no concurrir el requisito de antijuridicidad en el daño y por haber sido la actuación médica conforme a *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 octubre de 2011