

Dictamen nº: **450/19**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **07.11.2019**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por unanimidad, en su sesión de 7 de noviembre de 2019, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto sobre responsabilidad patrimonial promovido por un abogado en nombre y representación de Dña. ...., en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad, .... y ...., de Don ...., Doña ...., Doña .... y Don ...., por el fallecimiento de su familiar, Don ...., que atribuyen al error de diagnóstico de un linfoma en el Hospital Universitario de Torrejón.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 19 de octubre de 2017, un abogado en representación de las personas mencionadas en el encabezamiento de este dictamen, familiares del paciente fallecido, presentaron un escrito en el que relataban que su familiar había sido atendido en septiembre de 2016 en el Hospital Universitario de Torrejón por molestias en el cuello, que en principio fueron filiadas como enfermedad linfoprofilerativa sin extensión extratorácica y posteriormente, tras la realización de una biopsia, como timoma.

Detallaban que su familiar fue tratado con dos ciclos de quimioterapia, si bien ante la pésima evolución de la enfermedad se realizó una nueva biopsia de una adenopatía laterocervical izquierda, con el resultado diagnóstico de linfoma no Hodgkin T periférico Nos.

Las reclamantes ponían de relieve, en base a un informe pericial que acompañaban a su escrito de reclamación, que se tardaron dos meses fundamentales para obtener una nueva muestra de tejido para un replanteamiento diagnóstico, por lo que consideran que no se pusieron todos los medios diagnósticos al servicio del paciente. Inciden en que el tratamiento que recibió para una enfermedad diferente a la que padecía permite hacer pensar que la evolución habría sido distinta casi con seguridad, por lo que estiman que se habría producido una pérdida de oportunidad que fijan en un 85%.

Por todo ello reclamaban una indemnización de 152.486,26 euros para la esposa del fallecido; 117.388,60 para la hija y 121.407,37, para el hijo; 34.340 euros para cada uno de los padres del paciente y 13.090 euros para cada uno de los dos hermanos del fallecido.

El escrito de reclamación se acompañaba con la escritura de poder otorgada por los reclamantes a favor del abogado firmante del escrito de reclamación, con diversa documentación médica, con copia del libro de familia del paciente fallecido y su declaración de la renta del año 2016 así como con el informe pericial anteriormente mencionado(folios 1 a 157 del expediente).

**SEGUNDO.-** Del examen del expediente administrativo resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

El familiar de los reclamantes, de 40 años de edad en el momento de los hechos, el 8 de septiembre de 2016 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Torrejón por sensación de cuerpo extraño en la garganta desde hacía cuatro días. En la

exploración no se apreciaron signos de anormalidad, no presentando adenopatías ni lesiones en el cuello. Con la impresión diagnóstica de cuerpo extraño en faringe en remisión, se pautó tratamiento sintomático y alta.

Consta en la historia clínica que el paciente acudió nuevamente al Servicio de Urgencias el día 11 de septiembre de 2016 por el mismo motivo. En la anamnesis se anotó que el paciente refería sensación de disnea de esfuerzo y en los últimos días palpación de adenopatía en cuello así como dolor con los movimientos. En la exploración no se hallaron adenopatías palpables. Se solicitó analítica y estudio de radiología simple de cavum y tórax, apreciándose ensanchamiento mediastínico con desviación de tráquea, sin infiltrados en campos pulmonares y atelectasia laminar en base izquierda. Se procedió al ingreso a cargo del Servicio de Medicina Interna.

Durante el ingreso se realizó TC de cuello, tórax y abdomen con el resultado de *“conglomerado adenopático mediastínico con discreta disminución de calibre de la VCS, que es permeable. Estos hallazgos son sugestivos de enfermedad linfoproliferativa sin extensión extratorácica”*.

También se realizó biopsia BAG 16 G en un pase sobre masa mediastínica sin complicaciones, que quedó pendiente de resultado.

Asimismo fue realizada analítica completa, con serologías, ecocardiograma y nueva radiología. En la analítica apareció una ligera elevación de LDH (Lactatodeshidrogenasa) entre la realizada en Urgencias y durante el ingreso.

El familiar de los reclamantes recibió el alta hospitalaria el 14 de septiembre de 2016 con la impresión diagnóstica de masa mediastínica anterosuperior sugestiva de enfermedad linfoproliferativa

como primera posibilidad; adenopatía hilar izquierda necrótica; discretos derrames pleurales bilaterales y derrame pericárdico laminar y síndrome de Horner izquierdo, secundario a la masa. Se pautó el alta con tratamiento farmacológico, control por el médico de Atención Primaria y cita preferente con el Servicio de Hematología.

El 16 de septiembre de 2016 a las 11:18 horas se modificó el informe de alta indicando que el facultativo había hablado con el patólogo y la anatomía patológica de la masa mediastínica era de timoma. Se anotó que se informó al paciente y se entregó cita para Cirugía Torácica y Oncología Médica la semana siguiente y que se presentaría el caso en el Comité de Tumores el 22 de septiembre.

Consta el informe de biopsia realizado el 16 de septiembre en el que figura “*Muestra A: biopsia de masa mediastínica: timoma*” y en el apartado de comentarios “*no es posible valoración de agresividad de esta tumoración en una biopsia BAG aunque en esta muestra se puede excluir carcinoma tímico*”.

En el informe de laboratorio relativo a Hematología / Inmunofenotipo por citometría de flujo, en el apartado de observaciones se reseñó que la muestra recibida presentaba una muy escasa celularidad y no había sido posible realizar un estudio de linfocitos que diera unos resultados claros utilizando los anticuerpos CD3, CD4, CD8, CD19, CD20 y cadenas ligeras de las inmunoglobulinas.

El 22 de septiembre de 2016 el familiar de los reclamantes fue valorado por el Servicio de Cirugía Torácica que informó al paciente y a sus familiares que en ese momento el tumor no era resecable y que precisaba tratamiento con quimioterapia/radioterapia y posteriormente, en función de la respuesta, se revaloraría para cirugía.

Al día siguiente se realizó la valoración del paciente por el Servicio de Oncología Médica. Se anotó que se explicó al paciente el diagnóstico (la BAG descarta carcinoma tímico si bien la agresividad clínica y radiológica es alta), las alternativas terapéuticas (en el momento actual descartada cirugía) y la relación beneficio/riesgo del tratamiento con quimioterapia así como sus efectos secundarios. El paciente lo entendió y aceptó, firmando el consentimiento informado.

Con el juicio diagnóstico de timoma con estadificación según clasificación de Masakoa IVB y por TNM T3/t4 N2 Mx (estadio IV), se pautó quimioterapia de inducción esquema CAP (cisplatino, adriamicina y ciclofosfamida) cada 21 días por tres ciclos y valorar posteriormente quimioterapia-radioterapia versus cirugía.

El 27 de septiembre se administró el primer ciclo y el 18 de octubre el segundo, en general con buena tolerancia.

Consta que el familiar de los reclamantes acudió el 3 de noviembre de 2016 al Servicio de Urgencias por presentar fiebre y síntomas catarrales. En Rx de torax se apreció derrame pleural izquierdo y se realizó toracocentesis para diagnóstico, sin complicaciones. Recibió el alta con tratamiento antibiótico y cita en Oncología Médica el 9 de noviembre. En esta consulta se apreció aumento del derrame pleural. Se realizó toracocentesis y drenaje de unos dos litros sugerentes de quilotorax, que posteriormente fue confirmado. Se suspendió la quimioterapia.

El familiar de los reclamantes quedó ingresado a cargo del Servicio de Medicina interna. El 11 de noviembre se realizó TC de control en el que se apreció estabilidad de la masa medianística y aumento de tamaño de las adenopatías laterocervicales y supraclaviculares izquierdas.

El 14 de noviembre fue valorado por el Servicio de Oncología Médica que anotó que había explicado al paciente el diagnóstico de progresión de la enfermedad a pesar del tratamiento con 2 ciclos de quimioterapia, con el infiusto pronóstico que ello implicaba y las pocas opciones de tratamiento existentes. El paciente aceptó el riesgo de recibir tratamiento de rescate con radioterapia concomitante con paclitaxel semanal y firmó el consentimiento informado. En ese momento refería dolor a nivel cervical izquierdo.

La evolución en los días posteriores fue tórpida por lo que el 23 de noviembre el oncólogo decidió realizar biopsia de conglomerado adenopático cervical izquierdo *“para descartar otra estirpe tumoral ante la evolución anómala de la enfermedad”*.

La biopsia se realizó el 25 de noviembre y el 30 de noviembre el oncólogo anotó que le habían comunicado desde Anatomía Patológica que la muestra ganglionar era compatible con un linfoma de alto grado, *“algo mucho más acorde con la presentación clínica, agresividad de la tumoración y edad del paciente”*. Además hizo constar *“explico a los familiares el error diagnóstico y la necesidad de modificar el tratamiento de quimioterapia y probablemente de ampliar el estudio. Lo entienden y aceptan parcialmente. Comento el caso con Hematología (realizo ITC) y con radioterapia reevaluar el tratamiento con esta nueva información”*.

Con el diagnóstico de linfoma T periférico NOS (estadio IVB), 3 (riesgo alto)) el familiar de los reclamantes ingresó a cargo del Servicio de Hematología. Se anotó que al haber recibido a cargo de Oncología doxorrubicina y ciclofosfamida con progresión, se consideraba al paciente refractario al tratamiento de primera línea, por lo que se inició tratamiento de rescate según esquema ESHAP (etopósido, ARA-C, cisplatino y prednisona), con buena tolerancia. El paciente permaneció ingresado hasta el día 9 de diciembre de 2016.

Consta un posterior ingreso entre los días 14 a 20 de diciembre de 2016 por pancitopenia severa.

El 2 de enero de 2017 el familiar de los reclamantes ingresó para recibir el segundo ciclo de tratamiento quimioterápico de rescate, que fue suspendido dos días porque el paciente presentaba clínica respiratoria. Se continuó el tratamiento el día 4 de enero hasta el día 8 de enero siguiente.

El 13 de enero de 2017 ingresó a cargo del Servicio de Hematología por insuficiencia renal aguda de probable origen mixto (tóxica y prerrenal). En el informe de alta se menciona la valoración de trasplante de donante no emparentado.

El familiar de los reclamantes solicitó segunda opinión al Hospital Universitario La Paz, siendo trasladado al Servicio de Hematología de ese centro hospitalario donde ingresó el 7 de febrero con situación de progresión/refractariedad.

El 9 de febrero se produjo empeoramiento progresivo respiratorio por lo que ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos donde permaneció hasta su fallecimiento el 28 de febrero de 2017.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación se inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Consta en el expediente examinado la historia clínica del familiar de los reclamantes del Hospital Universitario de Torrejón (folios 604 a 1195) así como del Hospital Universitario La Paz (folios 169 a 600) aunque la actuación de este centro hospitalario no es objeto de reproche por los interesados.

Obra en el expediente el informe de 12 de febrero de 2018 del director médico del referido centro hospitalario en el que da cuenta de la asistencia prestada al familiar de los reclamantes y señala, en síntesis, que los linfomas T periféricos son un grupo heterogéneo de neoplasias T maduras que, en general, tienen un pronóstico desfavorable; que el paciente recibió una asistencia adecuada y rápida durante toda su enfermedad; que inicialmente la evolución del cuadro clínico fue adecuada, por lo que al no existir adenopatías accesibles y dada la relativa baja rentabilidad que pueden ofrecer las biopsias mediastínicas, no se consideró indicado repetir la biopsia en esa localización, si bien en el momento en que se objetivó progresión tumoral, se procedió inmediatamente a realizar una nueva biopsia; que desgraciadamente, la mala y rápida evolución del caso coincide con la de muchos otros con diagnóstico de Linfoma T periférico NOS, independientemente del plan terapéutico aplicado y que en este caso la enfermedad fue refractaria a todas las líneas de tratamiento de quimioterapia, desarrollando además complicaciones severas con la administración de la segunda y tercera línea. Por último lamenta la evolución de la enfermedad del paciente y su desenlace en tan breve plazo, debido a la agresividad de su cuadro tumoral, circunstancia que no se modificó a pesar de adoptar todas las medidas terapéuticas indicadas.

También se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria que tras analizar los antecedentes del caso y los informes emitidos en el curso del procedimiento y realizar las correspondientes consideraciones médicas, concluye que la asistencia sanitaria dispensada al paciente fallecido entre las fechas 13 de septiembre y 30 de noviembre de 2016 “*ha resultado con error diagnóstico a partir del estudio anatomo-patológico realizado de inicio, por lo cual se valora no idónea. No obstante, las consecuencias son difíciles de mensurar. Se considera que no puede afirmarse que hubiera habido una clara mejor perspectiva del paciente, dadas las*

*consideraciones clínicas del caso”.*

Obra en los folios 1237 a 1244 un informe de valoración del daño emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud en el que se concluye que la 1<sup>a</sup> línea de tratamiento en ambos casos (timoma y linfoma) es la misma, sin embargo, una vez se filia el linfoma en Hematología y al haberse aplicado ya esta 1<sup>a</sup> línea en Oncología, se indica que el tumor es refractario a dicha línea de tratamiento, debiendo plantearse otros esquemas. Añade que dado el grado tan avanzado del linfoma (3: riesgo alto) cuando comienza a dar clínica, y tal y como se fundamenta en la bibliografía médica especializada, la tasa de supervivencia global a 4 años sería del 0%. No obstante, y para justificar una posible pérdida de oportunidad por el retraso diagnóstico, contempla una supervivencia global “*como si se tratara de un grado intermedio alto o de alto riesgo bajo*”, que se encuentra en un 20% aproximadamente en el mejor de los casos, lo que supondría minorar la indemnización por fallecimiento en un 80%. Aplicando ese porcentaje la indemnización sería de 29.643,36 euros para la esposa del fallecido; 18.160,20 para cada uno de los padres del paciente; 78.648,30 euros para la hija y 71.555,40 euros para el hijo y 3.206,70 euros para cada uno de los dos hermanos del fallecido. En total 122.495,37 euros.

Concluida la instrucción del expediente, se confirió trámite de audiencia a los reclamantes y al Hospital Universitario de Torrejón.

Con fecha 18 de enero de 2019, el centro hospitalario presentó un escrito de alegaciones en el que, con apoyo en un informe pericial elaborado por un especialista en Anatomía Patológica que adjuntaba, sostuvo, en síntesis, que no existió pérdida de oportunidad en este caso porque en ambos diagnósticos se clasificó a los tumores como de una gravedad significativa, las medidas terapéuticas eran similares y lo que condujo inevitablemente a la muerte del paciente fue la

agresividad, virulencia y estadio del tumor, así como la escasa respuesta a los tratamientos prescritos.

El día 25 de enero de 2019 formularon alegaciones los interesados en las que consideraron que de la prueba practicada se deducía que hubo una actuación u omisión negligente si bien reconocían que la dificultad estaba en cuantificar la expectativa del paciente aunque consideraban que del expediente se deducían unos límites que podrían modular la indemnización. Consideraban arriesgado cifrarlo en un 85% como en su escrito inicial, por lo que minoraban la cantidad inicialmente reclamada a un 50% de modo que pasaría de 612.476,86 euros a 306.238 euros.

Finalmente, con fecha 19 de agosto de 2019, se formuló propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociéndose una indemnización de 122.495,37 euros.

**CUARTO.-** El 10 de septiembre de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 7 de noviembre de 2019.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.**- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, según el cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada*”.

En el caso que nos ocupa, los interesados han cifrado la cuantía de la indemnización que reclaman en una cantidad superior a 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de este órgano consultivo.

**SEGUNDA.**- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la LPAC, al haberse iniciado con posterioridad a su entrada en vigor, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

Los reclamantes, familiares del paciente fallecido (esposa, hijos, padres y hermanos), ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su familiar. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los interesados con el fallecido mediante copia del libro de familia. Actúan

debidamente representados por un abogado que ha acreditado la representación que ostenta de los interesados mediante poder notarial.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó por el Hospital Universitario de Torrejón, en su calidad de centro concertado con la Comunidad de Madrid. En este punto cabe indicar que 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, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (valgan por todos los dictámenes 211/12, de 11 de abril y el más reciente 13/15, de 21 de enero) y ha sido reiterado por esta Comisión Jurídica Asesora (Dictámenes 112/16, de 19 de mayo, 193/17, de 18 de mayo y 107/18, de 8 de marzo) asumiendo la reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las Sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004, Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 8<sup>a</sup>) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 9<sup>a</sup>).

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el caso sujeto a examen, el *dies a quo* viene determinado por la muerte del familiar de los reclamantes, de modo que ocurrido el fallecimiento el 28 de febrero de 2017, debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada el 19 de octubre de 2017.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe del Hospital Universitario de Torrejón, implicado en el proceso asistencial del familiar de los reclamantes, y ha sido emitido por el director médico del centro hospitalario. Asimismo ha emitido informe la Inspección Sanitaria. Tras la incorporación de los informes mencionados, se dio audiencia a los reclamantes y por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

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

**TERCERA.** - Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la 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”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

*“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del*

*funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.*

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

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

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio

público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, «*en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la 'lex artis', que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha 'lex artis' respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado».*

**CUARTA.-** Entrando en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial expuestos en la consideración anterior, en primer lugar cabe señalar que no existe duda de que el daño en este caso viene constituido por el fallecimiento del familiar de los reclamantes que como hemos dicho constituye un daño moral 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.

Como se ha visto en los antecedentes de hecho, los reclamantes denuncian una pérdida de oportunidad de su familiar, pues consideran que hubo un error en el diagnóstico del linfoma que padecía, de manera que recibió el tratamiento para esa patología de manera tardía, mermando con ello sus posibilidades de curación, que cifran en un 50% en el escrito de alegaciones formulado en el curso del procedimiento.

En este caso no cabe duda que se produjo un error de diagnóstico, pues así resulta de la historia clínica examinada de la que se infiere sin dificultad que la patología que sufría el familiar de los reclamantes fue filiada como un timoma y posteriormente, tras la ampliación de las pruebas diagnósticas se identificó con un linfoma T periférico NOS. La existencia de error de diagnóstico aparece consignada expresamente en la historia clínica donde el oncólogo implicado en el proceso asistencial del paciente fallecido reconoce expresamente el error cometido que no dudó en comunicar a sus familiares. Así lo expresa también la Inspección Sanitaria cuando en su informe recoge que en los informes médicos recogidos en la historia clínica se reseña que ha habido un error de diagnóstico.

Ahora bien, como es sabido, de acuerdo con la jurisprudencia no todo error médico supone necesariamente la existencia de responsabilidad patrimonial por mala praxis, al existir circunstancias que pueden explicar aquél en determinadas circunstancias, pero también es cierto con arreglo a esa misma jurisprudencia que *“probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”*. Así lo demanda el principio de la *“facilidad de la prueba”*, que recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de febrero de 2019 (recurso 538/2017) con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así la Sentencia de 16 de febrero de 2012).

La dirección médica del Hospital Universitario de Torrejón, con apoyo en un informe pericial elaborado por un especialista en Anatomía Patológica, ha defendido en el procedimiento *“que más un diagnóstico anatomo-patológico erróneo ha habido una falta del material representativo del tumor existente, lo que ha llevado a una interpretación diferente del proceso”*. En relación con esta cuestión resulta de la historia clínica examinada que la biopsia realizada el 13 de septiembre de 2016 permitió obtener material escaso, de manera que se consignó en el informe elaborado el 16 de septiembre que *“la muestra recibida presentaba una muy escasa celularidad y no ha sido posible realizar un estudio de linfocitos que nos de unos resultados claros utilizando los anticuerpos CD3, CD4, CD8, CD19, CD20 y cadenas ligeras de las inmunoglobulinas”*. En estas circunstancias lo que el informe no explica es porque siendo el material representativo tan escaso, no se llevó a cabo una repetición de la prueba hasta transcurridos más de dos meses, fundamentalmente teniendo en cuenta la mala evolución del paciente y la falta de respuesta al tratamiento. Dicha cuestión, esencial en este caso, no ha recibido una respuesta razonada por parte de los servicios médicos implicados, lo que nos lleva a concluir que no se ha justificado que se pusieron a disposición del paciente los medios diagnósticos adecuados para filiar su patología con mayor prontitud.

Por lo expuesto, y en virtud del principio de facilidad probatoria anteriormente enunciado, esta Comisión Jurídica Asesora considera que no se ha producido una explicación razonable de lo sucedido en relación con la asistencia dispensada al familiar de los reclamantes y fundamentalmente no se ha explicado por qué ante una muestra poco representativa, y ante la mala evolución del paciente, no se practicaron antes unas pruebas que habrían permitido realizar un diagnóstico diferencial.

En el caso sometido a nuestro dictamen consideramos que se ha producido una pérdida de oportunidad de haber sido correctamente diagnosticado el familiar de los reclamantes. Se desconoce si de haber diagnosticado correctamente el linfoma se habría evitado la evolución de la enfermedad de la manera que lo hizo, pero lo cierto es que se privó al paciente de una prueba diagnóstica y de un diagnóstico diferencial, y de un tratamiento más acorde a su patología, lo que motiva la aparición de responsabilidad de la Administración al no haber puesto los medios a su alcance para evitar la pérdida de oportunidad de diagnóstico y tratamiento causando un daño que el paciente no tenía la obligación jurídica de soportar.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de noviembre de 2018 (recurso 703/2016 ), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos de pérdida de oportunidad “*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*” y añade “*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*”.

**QUINTA.-** Procede pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

En este caso en el que valoramos una pérdida de oportunidad, hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, que normalmente resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo. Como señala el Tribunal Supremo (así Sentencia de 27 de enero de 2016), en la pérdida de oportunidad hay *“una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”*.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, tiene señalado esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en nuestros Dictámenes 146/17, de 6 de abril, y 340/18 de 19 de julio, que el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

En este caso, los informes médicos que se han emitido en el curso del procedimiento ponen de manifiesto la dificultad de establecer el pronóstico del paciente si el error no se hubiera cometido y en consecuencia hubiera sido tratado desde el inicio como un linfoma. Prueba de dicha dificultad es que los reclamantes han variado su petición indemnizatoria a lo largo del procedimiento de manera que en su escrito inicial fijaron la pérdida de oportunidad sufrida por su familiar en un 85 % para después reducirla a un 50% en el trámite de audiencia. Por su parte el informe de valoración del daño emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud cifra la pérdida de

oportunidad sufrida, en el mejor de los casos, en un 20%, que es el porcentaje que acoge la propuesta de resolución.

En este caso, tras ponderar las circunstancias del asunto examinado, teniendo en cuenta la dificultad que entraña la determinación del porcentaje que supone la privación de expectativas para el paciente, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado reconocer una cantidad global de 130.000 euros, cantidad que debe considerarse ya actualizada.

El reconocimiento de una cantidad global sin aplicar el baremo de accidentes de tráfico ha sido el criterio acogido por esta Comisión Jurídica Asesora en dictámenes anteriores (así el Dictamen 400/16, de 15 de septiembre, el Dictamen 131/18, de 15 de marzo y el Dictamen 136/18, de 22 de marzo, entre otros). En los mencionados dictámenes nos hicimos eco de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 306/2013) en la que en un caso parecido de pérdida de oportunidad rechaza la aplicación del baremo respecto al que destaca *“que según la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera...no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las circunstancias concurrentes”*. La sentencia opta por la valoración global del daño, acogiendo doctrina del Tribunal Supremo (así Sentencia de 17 de julio de 2014) en la que se dice que *“la Jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el*

*conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988 , “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria».*

En este caso la cantidad global reconocida se aproxima a la cuantificación que ha efectuado el informe de valoración del daño efectuado a instancias del Servicio Madrileño de Salud, pues según resulta del expediente las expectativas del familiar de los reclamantes eran muy pequeñas, según ha informado la Inspección Sanitaria que considera “*no muy significativamente mermadas las posibilidades del paciente*”, pues se trataba de un tumor muy agresivo y con el peor pronóstico y además el tratamiento recibido para el timoma inicialmente diagnosticado era similar al que hubiera recibido en el caso de que hubiera sido correctamente diagnosticado el linfoma, aunque también hay que considerar que podrían haberse planteado otras líneas de tratamiento, como la que después se implantó por Hematología con el diagnóstico correcto, o incluso haber considerado más precozmente el trasplante de médula, que es otra de las opciones de tratamiento del linfoma.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciarse una pérdida de oportunidad en la

asistencia sanitaria prestada al familiar de los reclamantes y reconocer una indemnización global y actualizada de 130.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 7 de noviembre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 450/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid