

Dictamen nº: **248/20**

Consulta: **Consejero de Sanidad**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **30.06.20**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 30 de junio de 2020, aprobado por unanimidad, sobre 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 procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. ...., en su propio nombre y en el de sus dos hijas, por el fallecimiento de su esposo y padre D. ...., que atribuye al deficiente funcionamiento del programa PREVECOLON.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito presentado el 25 de octubre de 2018 la interesada antes citada formula reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra la Comunidad de Madrid en relación con el programa PREVECOLON.

La reclamante expone que su esposo falleció el 8 de diciembre de 2017, cuando contaba con 56 años de edad, a consecuencia de un cáncer colorrectal detectado unos días antes.

Sostiene que la campaña/publicidad que se hace con el citado programa PREVECOLON resulta engañosa en todos los sentidos. Por un

lado, por el eslogan que se utiliza en dicha publicidad y por otro, por los objetivos del programa que para el año 2017 consistían en la implantación para los grupos de edad de 50, 59, 68 y 69 años. La reclamante subraya que ni la Comunidad de Madrid avisa a la población para entrar en el programa ni abarca a todos los grupos de edad.

Después de destacar las deficiencias que, a su juicio, presenta el programa desde el año 2014, fecha de su implantación, realiza un relato de los fallecidos por cáncer colorrectal en la Comunidad de Madrid durante esos años, según datos que dice haber obtenido de una información de marzo de 2018 de la Asociación Española contra el Cáncer. Subraya la cantidad de vidas perdidas por una “*malísima gestión por parte de los responsables*”.

La reclamante refiere que su esposo tenía 56 años y que en ningún momento se le avisó para hacerle entrega del kit de detección de sangre oculta en heces y tampoco a la interesada, de 55 años, habiendo tenido que ser la reclamante la que acudiera a su centro de salud para que se le hiciera entrega del mencionado kit para ella. La interesada sostiene que no resulta coherente que mientras los referidos kits “*se llenan de polvo en los centros de atención primaria*”, los departamentos, hospitales y consultas de Oncología se llenen de personas con cáncer colorrectal.

Por último, el escrito de reclamación expone que el dolor que se siente en la pérdida de un ser querido con 56 años es inmenso y aún más sabiendo que se podría haber detectado a tiempo si la Comunidad de Madrid hubiera actuado de forma coherente y con responsabilidad, tal como anuncian.

Por lo expuesto, reclama la cantidad de 1.000.000 de euros, para sus dos hijas y para la interesada por el fallecimiento de su padre y esposo como consecuencia de la no detección precoz y la imposibilidad de no haber podido recibir tratamiento a tiempo por el mal funcionamiento del programa PREVECOLON.

El escrito de reclamación se acompaña con el certificado de defunción del esposo de la reclamante (folios 1 a 5 del expediente).

Consta en el procedimiento que posteriormente, a requerimiento del instructor del expediente, la interesada aportó copia del Libro de Familia del paciente fallecido del que resulta que las dos hijas del matrimonio eran mayores de edad a la fecha de formulación del escrito de reclamación (folios 9 a 16 del expediente).

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

El esposo de la reclamante, de 56 años en la fecha de los hechos, acudió al Hospital General Universitario Gregorio Marañón en el mes de noviembre de 2017 al presentar tos seca y disnea de moderados esfuerzos, además de síndrome constitucional con pérdida de 10 kilos de peso en 2-3 meses, anorexia severa y astenia, así como dolor lumbar. No mostraba clínica digestiva.

El paciente ingresó a cargo del Servicio de Neumología y tras la realización de las correspondientes pruebas diagnósticas, se alcanzaron los siguientes juicios clínicos:

-Cáncer de colon rectal: Carcinoma pobemente diferenciado, probable origen glandular, con perfil inmunohistoquímico compatible con cáncer colorrectal estadio IV (afectación ganglionar cervical, supra e infradiafragmática extensa, linfagitis carcinomatosa, metástasis suprarrenales bilaterales, metástasis óseas de pala ilíaca izquierda y probable derecha).

-Engrosamiento rectal circunferencial con intenso aumento de captación suvmax 12. 54 compatible con carcinoma pendiente de estudio endoscópico sin clínica ni elevación de CEA ni ca 19.9.

-Tromboembolismo pulmonar por afectación de rama segmentaria posterior de lóbulo inferior derecho, hematoma suprarrenal derecho probablemente espontáneo en el contexto de anticoagulación por tromboembolismo pulmonar.

El paciente fue traslado al Servicio de Oncología Médica para valorar tratamiento.

El 7 de diciembre de 2017 se realizó toma de biopsia rectal siendo diagnóstico de carcinoma pobremente diferenciado. El perfil inmunohistoquímico era compatible con un origen colorrectal primario.

Durante la estancia clínica en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón presentó un cuadro de insuficiencia respiratoria posiblemente secundario a tromboembolismo pulmonar +/- progresión de la enfermedad oncológica. Finalmente falleció tras parada cardiorrespiratoria el 8 de diciembre de 2017.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del paciente fallecido del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (folios 19 a 188 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente el informe de la Oficina Regional de Coordinación Oncológica en el que se explica que el programa PREVECOLON inició su actividad en enero de 2015, invitándose a participar hasta diciembre de 2015 a 45.903 ciudadanos de 15 centros de salud y 10 hospitales públicos de la Comunidad de Madrid, realizándose 11.619 test de sangre oculta en heces, con una participación media del

25,31% de la población invitada. Expone que el resultado fue de 735 test positivos y 66 test nulos. El informe señala que tras el análisis de estos datos y tomando en cuenta especialmente la baja participación y la detección de déficit estructurales en el sistema de información y registro, se decidió detener el envío de invitaciones a nuevos usuarios hasta realizar una reestructuración del programa, si bien, durante ese período se realizaron llamadas telefónicas a usuarios que no habían respondido a las invitaciones enviadas durante 2015, lo que permitió la realización de 3.989 test adicionales durante el año 2016. El informe continúa indicando que, durante el año 2016, tomando en cuenta el análisis de la información recogida en la fase previa, se diseñaron modificaciones significativas en el programa con el objetivo de aumentar la participación de la población, mejorar el sistema de registro y garantizar una calidad asistencial homogénea en el diagnóstico, el tratamiento y el seguimiento de las neoplasias detectadas. De esta manera, en el año 2017, se puso en funcionamiento una nueva fase con un diseño distinto, siendo un Programa de cribado poblacional de cáncer colorrectal basado en un test de sangre oculta en heces inmunológico, con características de temporalidad bienal dirigido a hombres y mujeres entre 50-69 años que no cumpliesen criterios de exclusión. El informe destaca que para organizar el cribado poblacional era preciso establecer la participación de los usuarios de manera progresiva y por un orden en relación con determinados factores, siendo la principal de cohortes de edad, en relación con su proximidad a la exclusión o incluso por la proporción de usuarios en relación con el total de la población. Por último, el informe explica que, en el caso del esposo de la reclamante, según el diseño del estudio, le habría correspondido ser incluido en el año 2018.

Consta en el expediente que, requerido el informe de la Inspección Sanitaria, mediante escrito de 9 de septiembre de 2019 rechazó la emisión del citado informe al no existir una atención sanitaria reclamada para la

valoración de la Inspección, sino una reclamación sobre el funcionamiento del Programa PREVECOLON.

Tras la incorporación al procedimiento del informe evacuado y de la historia clínica del esposo de la reclamante, se confirió el oportuno trámite de audiencia a la interesada. Consta en el expediente que la reclamante formuló alegaciones en el trámite conferido al efecto, en las que incidió en el mal funcionamiento del Programa y adujo la insuficiencia de los datos aportados en el informe que obra en el procedimiento. Adjuntó con su escrito de alegaciones una nota de prensa de 21 de marzo de 2018 de la Asociación Española contra el Cáncer en relación con los programas de cribado del cáncer de colon.

Finalmente se formuló la propuesta de resolución en la que se acordó desestimar la reclamación presentada al considerar la inexistencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del Programa PREVECOLON, que se considera correcto, y el fallecimiento del esposo de la reclamante.

**CUARTO.-** El día 5 junio de 2020 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 231/20, 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 30 de junio de 2020.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de la interesada, según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC, al haberse iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

La esposa e hijas del paciente fallecido 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 las interesadas con el fallecido mediante copia del libro de familia.

Ahora bien, según la documentación aportada, las hijas del fallecido eran mayores de edad a la fecha de formular el escrito de reclamación, de modo que para actuar representadas por su madre deberían haberle conferido su representación, lo que no consta en el procedimiento. No obstante, no figura en el expediente que se haya requerido la subsanación de ese defecto de representación, lo que puede haber generado en las interesadas la confianza de que habían actuado en el procedimiento

debidamente representadas. Por ello, entraremos a conocer del fondo del asunto sin perjuicio de recordar a la Administración que la representación debe ser correctamente acreditada.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por un programa implantado por dicha Administración para la prevención del cáncer de colon.

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 esposo y padre de las reclamantes, de modo que ocurrido el fallecimiento el 8 de diciembre de 2017, debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada por los familiares del paciente fallecido el 25 de octubre de 2018.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por la Oficina Regional de Coordinación Oncológica responsable del programa. Asimismo, consta la historia clínica del familiar de las interesadas del Hospital General Universitario Gregorio Marañón. Además, se ha conferido trámite de audiencia a las reclamantes y se ha redactado la propuesta de resolución, remitida junto con el resto del expediente a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

No se ha emitido el informe de la Inspección Sanitaria, si bien, en esta ocasión, al no tratarse propiamente de analizar si la actuación sanitaria se ajustó a la *lex artis*, se considera que se puede prescindir del citado informe.

En suma de lo anterior cabe concluir que el procedimiento se ha

tramitado de forma completa sin que se haya omitido ningún trámite que resulte esencial para resolver.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley. 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 viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el artículo 32 de la LRJSP:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que “*es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido*

*aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".*

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) “*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*”.

**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 las reclamantes que como hemos dicho reiteradamente 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.

Una vez determinada la existencia del daño, se impone analizar si el fallecimiento del familiar de las reclamantes guarda relación de causalidad con el funcionamiento del programa de prevención del cáncer de colon, tal y como sostienen las interesadas, pues aducen que si su padre y esposo hubiera sido incluido en dicho programa se podría haber detectado de manera precoz el cáncer que padecía.

Así las cosas, conviene precisar que el Real Decreto 1030/2006, de 20 de abril, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, recoge, dentro de las actividades preventivas, las que se realicen para prevenir la aparición de enfermedades actuando sobre los factores de riesgo (prevención primaria) o para detectarlas en fase presintomática mediante cribado o diagnóstico precoz (prevención secundaria). El artículo 19.2.c) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública establece que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, impulsarán otras acciones de prevención primaria, como la vacunación, que se complementarán con acciones de prevención secundaria como son los programas de detección precoz de la enfermedad. El artículo 20 de esta norma, señala que, a los efectos de la misma, se entiende por cribado aquellas actividades orientadas a la detección precoz de la enfermedad, su diagnóstico y tratamiento temprano, que se ofrecen activamente al conjunto de la población susceptible de padecer la enfermedad, aunque no tenga síntomas ni haya demandado ayuda médica. Asimismo, atribuye a las autoridades sanitarias la promoción para que el cribado se implante con la máxima calidad y la mayor accesibilidad para la población, realizando las campañas oportunas.

En el ámbito de sus competencias, la Comunidad de Madrid implantó el programa PREVECOLON, para la detección precoz del cáncer colorrectal. Tal y como se detalla en el informe de la Oficina Regional de Coordinación Oncológica, en términos coincidentes con lo que se recoge en la Memoria correspondiente al año 2017 de dicho programa (publicada en la página web de la Comunidad de Madrid), el citado programa tuvo una fase previa en el año 2015, cuyos resultados obligaron en el año 2016 a realizar un rediseño del programa, tomando en cuenta el análisis de la información recogida en esa fase previa, introduciendo modificaciones significativas con el objetivo de aumentar la participación de la población, mejorar el sistema de registro y garantizar una calidad asistencial

homogénea en el diagnóstico, el tratamiento y el seguimiento de las neoplasias detectadas, por lo que, con ese nuevo diseño, inició su actividad en enero de 2017. Tal y como se recoge en la Memoria, los objetivos del programa para el año 2017 incluían iniciar su implantación progresiva en toda la comunidad, mediante la invitación de la población incluida en los grupos de edad de 50, 59, 68 y 69 años, para ser implantado de manera progresiva teniendo en cuenta diversos factores, en especial por cohortes de edad, como explica el informe incorporado al procedimiento, en relación con su proximidad a la exclusión o incluso por la proporción de usuarios en relación con el total de la población. De acuerdo con este sistema de implantación, según explica el informe, al familiar de las reclamantes le habría correspondido participar en el programa en el año 2018.

De acuerdo con lo expuesto resulta claro que, al familiar de las reclamantes, de acuerdo con los criterios del programa establecidos por la Comunidad de Madrid en el ámbito de sus competencias, no le correspondía su inclusión en el mismo en el año 2017, pues contaba en esa fecha con 56 años de edad y el programa estaba previsto para las edades de 50, 59, 68 y 69 años. Según consta en la referida Memoria del programa correspondiente al año 2017, el sistema funcionó durante ese año de acuerdo con los criterios establecidos por la Administración cursando 110.045 invitaciones telefónicas, con un 51,7% del total de usuarios invitados que aceptó participar en el programa. De estos 47.088 recogieron el kit con el test de hemorragias ocultas en heces en su centro de salud y 43.832 entregaron la muestra. Desgraciadamente, el familiar de las reclamantes no pudo ser incluido en el programa al no cumplir en esa fecha los criterios establecidos por la Administración.

Al respecto, resulta oportuno recordar que “*para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de unos medios materiales y humanos limitados, medios que gestiona y con los que tiene que atender, en función de la organización*

*sanitaria cierto número de beneficiarios” [así Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003 (recurso 561/2001)]. Asimismo, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001 [recurso 4596/1997, de la que nos hemos hecho eco en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora (así nuestro Dictamen 532/16, de 24 de noviembre, o el Dictamen 208/18, de 10 de mayo)], al avalar la juridicidad del régimen “de cola”, señala que «no se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga de medios ilimitados –lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común– sino de probar que los medios materiales y personales disponibles dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en “la cola”».*

De acuerdo con lo expuesto, no puede considerarse que en este caso el fallecimiento del familiar de las reclamantes sea imputable a la Administración sanitaria, pues lo contrario sería convertirla en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo. Cabe recordar que no resulta exigible a la Administración una conducta exorbitante, sino una razonable utilización de los medios disponibles, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2003 , lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio y sus infraestructuras se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación al no ser imputable el fallecimiento del familiar de las reclamantes al funcionamiento del programa PREVECOLON.

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 30 de junio de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 248/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid