

Dictamen nº: **354/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **01.09.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 1 de septiembre de 2020, 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. y D. (en adelante, “*los reclamantes*”), por el fallecimiento de su hermano D., que atribuyen a retraso en el diagnóstico y tratamiento de un cáncer urotelial en el Centro de Salud San Martín de Valdeiglesias y en el Hospital Universitario Rey Juan Carlos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 31 de octubre de 2018 los reclamantes citados en el encabezamiento, asistidos por abogado, formulan una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicitan una indemnización por el fallecimiento de su hermano, acaecido el 7 de noviembre de 2017 y que atribuyen al retraso en el diagnóstico y tratamiento de un cáncer urotelial, en estado avanzado, en el Centro de Salud San Martín de Valdeiglesias y en el Hospital Universitario Rey Juan Carlos.

Relatan en la reclamación que el hermano de los reclamantes, de 42 años de edad y con antecedentes familiares de cáncer, acudió al Servicio de Urgencias del Centro de Salud San Martín de Valdeiglesias el 31 de julio de 2017 con intensos dolores lumbares que se irradiaban a las extremidades inferiores y con diagnóstico de lumbalgia se le pautó analgésicos, pero según los reclamantes, los dolores no cesaron y una semana después tuvo que acudir nuevamente al Centro de Salud y se le realizó una radiografía de columna lumbosacra el 10 de agosto de 2017. La sintomatología persistió y nuevamente acudió el 18 de agosto de 2017 a su Centro de Salud donde únicamente se añadió al tratamiento pregabalina y cita con el Servicio de Rehabilitación.

Refieren que el 24 de agosto de 2017 acudió, según los reclamantes, ayudado de un bastón porque ya le costaba mantener el equilibrio, al Servicio de Rehabilitación del Hospital Universitario Rey Juan Carlos y allí conoció el resultado de la radiografía previamente realizada que fue de lumbalgia degenerativa.

Indican que el 31 de agosto de 2017 su médico de familia solo le informó *“que tardaría bastante tiempo en mejorar”* pero durante la exploración física apreció dolor a la palpación en artisacroiliaca izquierda, se le pautó enantyun, tramadol, paracetamol y pregabalina y precisan que no se le recetó ningún protector estomacal. En la consulta del 7 de septiembre de 2017 la facultativa que lo atendió anotó en la historia clínica que el dolor había mejorado, se le pautó la retirada de tramadol y no se le prescribió ninguna medicación alternativa.

Expresan que con posterioridad se sucedieron varias consultas al Centro de Salud. El 14 de septiembre de 2017 se le prescribió una nueva medicación y en la consulta del día 28 de septiembre el paciente le comunicó a su médico de familia que había recibido alta en Rehabilitación del Hospital Universitario Rey Juan Carlos, a pesar de que requería ayuda de un bastón para desplazarse, y se le denegó una

segunda radiografía. En días posteriores sufrió empeoramiento, pérdida de peso, palidez y completa imposibilidad para caminar sin bastón por lo que el 23 de octubre de 2017 la facultativa del Centro de Salud lo derivó al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Rey Juan Carlos donde explicaron, al paciente y familiares, que no se trataba de una lumbalgia, le realizaron diversas pruebas y quedó ingresado por sospecha de tumor testicular izquierdo a la palpación.

Indican que en el Hospital Universitario Rey Juan Carlos le realizaron una resonancia magnética de columna donde observaron incontables lesiones vertebrales compatibles, con metástasis en la columna lumbosacra, fractura patológica de L-4, discopatía degenerativa L5-S1 y lesiones hepáticas y el 25 de octubre de 2017 le confirmaron la existencia de un carcinoma en el testículo izquierdo y metástasis pulmonar, hepática y ósea. El 27 de octubre se extirpó el tumor y se colocó un catéter en el uréter y tras el resultado de las pruebas realizadas al ingreso *“se confirmó que no se trataba de un carcinoma en el testículo”*. Tras una gammagrafía se le suministró radioterapia y comenzó el empeoramiento progresivo de su estado de salud. Los resultados confirmaron que el tumor era urotelial y se encontraba en estado IV.

Los reclamantes formulaan diversos reproches. Consideran que hubo retraso en el diagnóstico y en el tratamiento, al infravalorar en el Centro de Salud la sintomatología que presentaba, no se tuvo en cuenta los antecedentes familiares de cáncer, ni se realizaron pruebas, además de la radiografía. Respecto a la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario Rey Juan Carlos reprochan que durante la estancia hospitalaria del paciente hubo *“abandono”* durante más de 4 días por parte de los facultativos. También reprochan error y retraso en el diagnóstico y tratamiento del cáncer urotelial y el suministro de radioterapia *“sin ningún control y protección”*.

Aplicando el baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre solicitan una indemnización de 37.932,00 euros.

La reclamación se acompaña del libro de familia, diversa documentación médica, factura de servicio fúnebre, certificado de últimas voluntades y certificado de defunción.

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

El paciente, de 42 años de edad, sin antecedentes clínicos relevantes acude el 31 de julio de 2017 a su médico de Atención Primaria en el Centro de Salud San Martín de Valdeiglesias por dolor en zona lumbar con irradiación a miembro inferior que es tratado, en el Centro de Salud, con inyecciones intramusculares de metamizol y diclofenaco, y en domicilio, con tratamiento de diazepam, metamizol y diclofenaco por vía oral.

El 1 de agosto de 2017 es atendido en consulta del Centro de Salud y causa baja laboral por incapacidad temporal, en la que permaneció, hasta el fallecimiento.

El 8 de agosto de 2017 acude nuevamente a su médico de Atención Primaria que emite un parte de interconsulta a la unidad de Patología Osteoarticular del Hospital Universitario Rey Juan Carlos y solicita una radiografía lumbosacra que se realiza el 10 de agosto de 2017 en el Hospital Virgen de la Poveda, en la que se observa cuerpos vertebrales de altura y densidad normal con alineamiento conservado e incurvación lumbar de convexidad derecha. En L5-S1 se observa discopatía con reducción del espacio intersomático y esclerosis de la región posterior del platillo superior de S1, aumento de la densidad de los elementos posteriores por posible artrosis facetaria, con disminución de los forámenes de conjunción. El canal óseo es de calibre normal y no se aprecian alteraciones de partes blandas.

El 18 de agosto de 2017 acude nuevamente a su médico de Atención Primaria y el paciente refiere que persiste la irradiación del dolor. Tiene cita en consulta de Patología Osteoarticular el día 24 de agosto de 2017. Se retira el diazepán y se añade al tratamiento pregabalina.

El 24 de agosto de 2017 el paciente acude a consulta de Patología Osteoarticular del Hospital Universitario Rey Juan Carlos. Refiere que el dolor ha mejorado pero siente sensación de limitación articular. En la exploración física no hay apofisalgias, ni dolor paravertebral, ni aumento del tono muscular. Movilidad de caderas conservada con limitación al estiramiento, rectificación lumbar, la rotación del tronco no llega a la línea media, flexión hasta las rodillas, marcha de puntillas y talones normales y la exploración neurovascular distal es normal. Se estudia la radiografía realizada el 10 de agosto y es diagnosticado de "*lumbalgia degenerativa*." Se solicita radiografía en flexo-extensión, se prescriben ejercicios en piscina y en domicilio, calor seco y analgesia, según el dolor, y acudir a revisión con resultados.

El 31 de agosto de 2017 el paciente acude a su médico de Atención Primaria y refiere persistencia del dolor irradiado a tobillo, sin parestesias ni pérdida de fuerza. Tras la exploración se objetiva dolor a la palpación en articulación sacroiliaca derecha, reflejos osteotendinosos, fuerza, tono muscular y marcha, talón y puntillas normales, Lassegue + a 45°. Se prescribe enantyum, tramadol/paracetamol y pregabalina.

En la consulta del 7 de septiembre el paciente refiere mejoría del dolor con el cambio de tratamiento y ligera limitación de la movilidad. Se cita en una semana para valorar la evolución.

El 14 de septiembre acude al Centro de Salud por recetas.

El 21 de septiembre en consulta de Rehabilitación refiere que utiliza un bastón por molestias en los pies, pero se le explica que no es necesario. En la última radiografía realizada se observa que no hay aumento de la listesis L5-S1 vista en el estudio anterior. Es dado de alta y se anota que debería comenzar los ejercicios en la “*Escuela de espalda*” pero el paciente dice que no acudirá por un problema en el trabajo.

El 28 de septiembre de 2017 el paciente vuelve a consulta de su médico de Atención Primaria. Refiere dolor irradiado a la ingle izquierda y se le indica que debe continuar con el mismo tratamiento.

En la consulta de Atención Primaria del día 9 de octubre el paciente refiere que acude a un fisioterapeuta privado y que presenta mejoría clínica del dolor, no tiene parestesias y continúa con limitación funcional.

El 23 de octubre de 2017 acude por empeoramiento a su médico de Atención Primaria. El paciente refiere atrofia muscular de miembros inferiores y desde hace un mes, pérdida de unos 6 kg de peso, sudoración nocturna, sin fiebre, impotencia funcional e imposibilidad de eyacular y niega pérdida de control de esfínteres por lo que es derivado al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Rey Juan Carlos para evaluación, se le ofrece ambulancia, pero prefiere desplazarse por sus propios medios.

A las 13:10 horas del mismo día 23 de octubre acude a Urgencias del Hospital Universitario Rey Juan Carlos por lumbalgia, síndrome constitucional y pérdida de fuerza en miembro inferior derecho. Se inicia estudio con la exploración física y se realizan pruebas complementarias; electrocardiograma, analítica de sangre y orina, radiografía de tórax y ecografía abdominal. Con diagnóstico de síndrome constitucional a estudio, lesión nodular pulmonar a estudio, elevación de enzimas de colestasis y citolisis, probable origen tumoral y lumbalgia con posible

compresión medular subaguda o crónica a estudio queda ingresado en Medicina Interna.

Ya en planta se realiza exploración física y neurológica, TAC de tórax y abdomen con contraste intravenoso y nuevas analíticas y cultivos que objetivan la existencia de una amplia diseminación tumoral con metástasis hepática, pulmonar y ósea. Presenta además, lesión infiltrativa de las cadenas ganglionares iliacas común, interna y externa izquierda que a su vez producen una hidronefrosis izquierda grado IV renal. También se aprecia la existencia de lesión en el conducto espermático e hidrocele izquierdo.

También se realiza una RNM de columna lumbar que muestra múltiples metástasis óseas en columna lumbosacra y fractura patológica de vértebra lumbar L4.

El 26 de octubre de 2017 ante la presencia de una tumoración en testículo izquierdo a la palpación, se realiza una ecografía testicular. Los hallazgos sugieren cambios inflamatorios en el mismo, sin descartar un proceso infiltrativo tumoral difuso. Ante la elevada sospecha de tumor testicular diseminado con origen en una neoplasia del testículo izquierdo se plantea la situación a Urología.

El mismo día se realiza orquitectomía radical izquierda y se le implanta un catéter “doble J” izquierdo para resolver la hidronefrosis que presentaba el riñón homolateral.

El 27 de octubre de 2017 el informe de Anatomía Patológica consigna el siguiente diagnóstico: “*metástasis de carcinoma en membrana vaginal, parietal y cola del epidídimo. Trombos tumorales múltiples en epidídimo, vaginal y albuginea. Parenquima testicular, sin infiltración tumoral. Hidrocele. El fenotipo del tumor es compatible, como primera posibilidad, con carcinoma urotelial*”.

Mientras se lleva a cabo el estudio anatomico, el paciente sufre diversas complicaciones: se detectó hipercalcemia que fue tratada con ácido zoledronico, comenzó a anemizarse y preciso varias transfusiones, sin evidenciarse sangrado, sin embargo se realizó una gastroscopia en la que se detectó sofagitis péptica severa, una ulceración gástrica no sospechosa y síndrome febril. El paciente sufre un deterioro progresivo.

El 2 de noviembre de 2017 Oncología Radioterápica valora al paciente para someterlo a radioterapia paliativa antiálgica de las metástasis óseas de la región lumbar y se opta por esperar el resultado definitivo de Anatomía Patológica manteniendo analgesia farmacológica.

El 3 de noviembre de 2017 el diagnóstico provisional es de tumor urotelial y se confirma definitivamente el 6 de noviembre.

Al día siguiente el paciente se encuentra en estado preagónico y se desestima definitivamente el uso de radioterapia. Además se evidencia un deterioro respiratorio agudo que aconseja, de acuerdo con la familia, proceder a la sedación del paciente, falleciendo el mismo día 7 de noviembre de 2017.

TERCERO.- Recibida la reclamación por el Servicio Madrileño de Salud, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica del Centro de Salud San Martín de Valdeiglesias y del Hospital Universitario Rey Juan Carlos.

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81.1 LPAC se ha incorporado al expediente un informe elaborado por el director del Centro de Salud San Martín de Valdeiglesias en el que a la vista de la

historia clínica relaciona los antecedentes y la asistencia sanitaria dispensada al paciente en el Centro de Salud.

Consta asimismo en el expediente un informe del jefe de Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Rey Juan Carlos de 7 de diciembre de 2018 en el que se describe la exploración física y pruebas complementarias realizadas al paciente cuando acudió, por primera y única vez al Servicio de Urgencias, el día 23 de octubre de 2017. En el informe, niega que se estableciera desde Urgencias la existencia de úlceras gástricas y esofágicas, ni anorexia e indica que desde Urgencias se apuntó un posible origen tumoral pero *“en ningún momento se establece la sospecha de un tumor testicular ni se hacen afirmaciones categóricas del tipo de las referidas”* en la reclamación. Informa que en el breve tiempo que permaneció en Urgencias *“este servicio procedió a una evaluación inicial correcta del caso, descartando la existencia de procesos que hubieran podido requerir una intervención urgente como una compresión medular aguda o una anemia grave subsidiaria de transfusión y emitiendo una orientación diagnostica correcta con sospecha de patología tumoral que llevó a la decisión de su ingreso en planta con carácter urgente para proseguir el estudio del origen de la dolencia”*.

Figura en el expediente el informe del jefe de Servicio de Urología del Hospital Universitario Rey Juan Carlos de 10 de diciembre de 2018 para manifestar que Medicina Interna contactó con Urología tras la RMN lumbar y ecografía doppler testicular realizada al paciente con la finalidad de intentar filiar el origen tumoral de la enfermedad metastásica y por la sospecha de tumor testicular diseminado. Refiere que el objetivo de la orquitectomía realizada el 26 de octubre de 2017 era tener material anatomo-patológico que sirviera de diagnóstico para un eventual tratamiento del proceso neoplásico y además, realizar derivación urinaria izquierda mediante la colocación de un catéter

ureteral doble J para resolver la hidronefrosis que presentaba el riñón izquierdo. Manifiesta que en los casos de sospecha de tumor testicular está indicada la orquitectomía y no la biopsia testicular. Tras señalar el resultado de la pieza de anatomía patológica expresa que el paciente sufrió un deterioro progresivo durante el ingreso hospitalario *“de tal manera que cuando se obtiene el diagnóstico la situación clínica del paciente hace imposible plantear cualquier tipo de tratamiento sistemático paliativo”*.

También se ha incorporado al expediente el informe del jefe de Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital Universitario Rey Juan Carlos de 3 de diciembre de 2018 para negar que el paciente recibiera tratamiento de radioterapia. Indica que en la interconsulta del día 2 de noviembre se informó al paciente de la posibilidad de realizar una radioterapia antialgica de las metástasis lumbares pero como era necesario el diagnóstico anatomo-patológico y no estaba, no se inició ningún tratamiento y en la interconsulta del día 7 de noviembre la situación preagónica del paciente descartó cualquier tratamiento radioterápico.

Por su parte, el jefe de Sección de Medicina Interna del Hospital Universitario Rey Juan Carlos en informe de 11 de diciembre de 2018 pone de manifiesto que el paciente ingresó para estudio pero que en las primeras horas se demostró que padecía un tumor diseminado no susceptible de tratamiento curativo y entre las sospechas diagnósticas se incluyó la de tumor testicular. Para confirmar ese diagnóstico se consideró importante conocer una posible estirpe germinal *“ya que se considera que, en un hombre con una masa sólida testicular, debe considerarse el diagnóstico de tumor testicular hasta que se demuestre lo contrario, hacer este diagnóstico permite una opción de cura para el paciente. Desgraciadamente, en este caso, la estirpe celular fue otra y se trató de una metástasis, pero la decisión de orquitectomía está avalada por la literatura que considera que es la mejor opción para llegar al*

diagnóstico. La biopsia testicular se considera contraindicada. Por ese motivo discrepamos que se haya cometido un error extirpando el testículo. Respecto a los comentarios sobre que hasta el día 6 no se conocía que el paciente tenía un "tumor urotelial estadio IV" no estamos de acuerdo. El estadiaje del tumor se hace el día siguiente al ingreso del paciente, puesto que desde la realización del TAC se conoce, y así se informa a paciente y familiares, que el tumor está en un estadio metastático (que equivale a estadio IV). La única información nueva que se tiene ese día es un diagnóstico anatomo-patológico definitivo, pero que en nada cambia la consideración de tumor diseminado del paciente, y únicamente confirma que es de una estirpe menos sensible a la quimioterapia que la otra opción que se había barajado (tumor germinal), por lo que dicho diagnóstico no modificó la actitud previa que se había tomado. Dado que se trataba de una estirpe menos sensible a la quimioterapia, aunque el diagnóstico hubiera sido antes, la posibilidad de respuesta seguiría siendo prácticamente nula".

También se ha unido al expediente el informe del jefe de Servicio de Rehabilitación del Hospital Universitario Rey Juan Carlos de 11 de diciembre de 2018 que expresa que a los pacientes con dolor lumbar se les realiza una valoración clínica y radiológica para descartar signos de alarma, y si estos se descartan, se siguen las pautas de tratamiento farmacológico y físico habituales, y la evolución es controlada desde Atención Primaria y "en este caso, en el momento que fue visto en nuestras consultas, no presentaba signos de alarma y se procedió con el protocolo habitual".

La Inspección Sanitaria en informe de 12 de marzo de 2019 tras describir los hechos reclamados, formula consideraciones médicas y concluye que "a la vista de lo actuado, no existe evidencia de que la atención prestada haya sido incorrecta, inadecuada o negligente. El personal sanitario que atendió al paciente, siguió siempre los

procedimientos más adecuados a su estado clínico aplicando todos los medios diagnósticos y terapéuticos disponibles en relación con la patología que presentaba y la evolución de su proceso”.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia al Hospital Universitario Rey Juan Carlos y a los reclamantes. El hospital concertado presenta escrito de alegaciones el 24 de septiembre de 2019, en el que afirma que ha quedado probado en el expediente que la actuación del hospital ha sido conforme a *la lex artis ad hoc* y solicita que se desestime la reclamación. Consta en el expediente que los interesados presentaron escrito de alegaciones en fecha 10 de octubre de 2019 en el que manifiestan su disconformidad con el informe de la Inspección Médica.

Finalmente, el 24 de febrero de 2020, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria fórmula propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que la asistencia sanitaria dispensada fue conforme a la *lex artis*.

CUARTO.- El 12 de junio de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente nº 278/20 a la letrada vocal, Dña. Rosario López Ródenas, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 1 de septiembre 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 a 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 se regula en la LPAC.

Los interesados, ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) al ser las personas que han sufrido el daño moral que produce el fallecimiento de su hermano. La relación de parentesco resulta acreditada en el Libro de Familia.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid en cuanto que el Hospital Universitario Rey Juan Carlos es un centro concertado con la Comunidad de Madrid.

A este respecto esta Comisión viene reconociendo la legitimación de la Comunidad de Madrid en los supuestos en los que la asistencia sanitaria se presta en centros concertados siguiendo el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la de 14 de marzo de 2013 (recurso 1018/2010).

En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2019 (recurso 68/2019) que, tras destacar que la LPAC no recoge una previsión similar a la disposición adicional de la 12^a de la LRJ-PAC, considera que, en los casos en los que la asistencia sanitaria a usuarios del Sistema Nacional de Salud es prestada por entidades concertadas con la Administración (como era el caso), se trata de sujetos privados con funciones administrativas integrados en los servicios públicos sanitarios, por lo que no es posible que se les demande ante la jurisdicción civil ya que actúan en funciones de servicio público.

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 (ex artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, se reclama por el fallecimiento del hermano de los reclamantes que tuvo lugar el 7 de noviembre de 2017 por lo que la reclamación formulada el día 31 de octubre de 2018, está presentada en plazo legal.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe del Centro de Salud, y de los Servicios; de Urología, Medicina Interna, Rehabilitación, Oncología Radioterápica y Urgencias del Hospital Universitario Rey Juan Carlos implicados en el proceso asistencial del paciente. También ha emitido informe la Inspección Sanitaria. Tras la incorporación de los informes mencionados, se dio audiencia a los reclamantes y al centro hospitalario concertado 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 viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios 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) 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. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009

(recurso de casación 1515/2005) y otras 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*”.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 2016, recurso 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico: “*(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...).* Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades

derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios. Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la de 19 de mayo de 2015, recurso 4397/2010) ha señalado que *"(...) 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 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, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".*

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recuerda la Sentencia de 6 de octubre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 32/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que *"(...) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado".*

En este caso no cabe duda a tenor del expediente examinado que el daño es el fallecimiento del hermano de los reclamantes que constituye, como hemos dicho un daño moral que “*ha de presumirse como cierto*” y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable, aunque de difícil valoración económica.

La existencia de un daño, sin embargo, no es suficiente para declarar la existencia de responsabilidad, por lo que ha de analizarse si concurren los demás requisitos necesarios para apreciarla.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente, debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación, sin embargo, en nuestro caso, los interesados no aportan prueba pericial alguna que acredite que la actuación de los distintos servicios médicos implicados en el proceso asistencial del paciente, fue contraria a la *lex artis*.

Tampoco puede cuestionarse la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, mediante una regresión a partir de la evolución posterior de la enfermedad de los pacientes.

Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual:

“No es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio “ex post”, sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la

diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente”.

Son diversos los reproches que los reclamantes dirigen a la asistencia sanitaria dispensada en el Centro de Salud San Martín de Valdeiglesias y al Hospital Universitario Rey Juan Carlos.

Por lo que se refiere a la actuación sanitaria dispensada a su hermano en el Centro de Salud los reclamantes sostienen que se infravaloró la sintomatología que presentaba el paciente, la ausencia de pruebas diagnósticas, el retraso de diagnóstico del carcinoma y que los médicos de Atención Primaria se limitaron a pautar “*un sinfín de fármacos*” pero olvidaron recetar protectores gástricos lo que le produjo una ulceración gástrica y esofágica.

Frente a las afirmaciones de los reclamantes, la historia clínica examinada y el informe de la Inspección Sanitaria ponen de manifiesto que el paciente, durante el mes de agosto presentó lumbalgia, y según la Inspección Médica, el médico de Atención Primaria siguió una pauta lógica con la patología que presentaba. Las molestias no remitían y fue derivado por el médico de Atención Primaria a un especialista en aparato locomotor y se realizó el 10 de agosto un estudio radiológico que no mostró otra patología que la degenerativa. Fue atendido en consultas de Rehabilitación para valorar dolor lumbar, se ajustó el tratamiento pautado y en septiembre se realiza nueva radiografía en la que se observa que no hay aumento de la listesis L5-S1 vista en la radiografía anterior y se le indica realizar ejercicios en la escuela de espalda, a la que no acudió.

Ya en septiembre el paciente en consulta de Rehabilitación y en consulta de Atención Primaria refirió mejoría del dolor con limitación funcional y es en la consulta del día 23 de octubre cuando el paciente acude a su médico de Atención Primaria y refiere empeoramiento clínico;

atrofia muscular de miembros inferiores, y desde hace un mes, pérdida de unos 6 kg de peso, sudoración nocturna, impotencia funcional e imposibilidad de eyacular, lo que propicia su derivación inmediata a Urgencias del Hospital Universitario Rey Juan Carlos para evaluación.

Respecto al reproche de los reclamantes de la existencia de una ulceración gástrica y esofágica producida por la ingesta de fármacos no resulta corroborado en la historia clínica del Centro de Salud y se desmiente en el informe del Servicio de Urgencias.

Por lo que se refiere a la asistencia dispensada en el Hospital Universitario Rey Juan Carlos los interesados reprochan *“abandono y dejadez”* de los facultativos, retraso en los resultados de las pruebas realizadas cuando ya se había procedido a la extirpación del testículo, error en la extirpación y quemaduras en la lengua y boca del paciente por el suministro de radioterapia sin control ni protección.

Sin embargo en la historia clínica e informes obrantes en el expediente se constata que el mismo día 23 de octubre de 2017 el paciente quedó ingresado en el Hospital Universitario Rey Juan Carlos para estudio por lumbalgia, síndrome constitucional y pérdida de fuerza en miembro inferior derecho y en las siguientes 24 horas se realizó TC torácico abdomino pélvico, ecografía testicular y RNM de columna lumbar que confirmó la existencia de una enfermedad metastásica múltiple con fractura patológica de la L4. El proceso tumoral se encontraba altamente diseminado con metástasis óseas, hepáticas, ganglionares retroperitoneales produciendo hidronefrosis grado IV del riñón y lesión testicular. Situación clínica muy avanzada, que según la Inspección Médica no podía beneficiarse de un tratamiento curativo, sino paliativo.

Tampoco se observa error en la extirpación del testículo puesto que la orquiektomía radical izquierda estaba indicada según el informe del Servicio de Urología lo que corrobora la Inspección Médica que además

añade al respecto que no resultó perjudicial para la evolución del proceso. A la espera de los resultados de Anatomía Patológica se consultó con Oncología que sugirió completar el estudio con una RMN cerebral y gammagrafía ósea para ver la extensión del tumor. El resultado de Anatomía Patológica fue de metástasis de carcinoma en membrana vaginal, parietal y cola de epidídimos. Trombos tumorales múltiples en epidídimos, vaginal y albuginea, hidrocele, el fenotipo del tumor era compatible con carcinoma urotelial.

Para la Inspección Sanitaria, el diagnóstico de este tipo de tumores suele ser fortuito debido a que cursan con frecuencia de manera asintomática, se evidencian en una fase avanzada y su pronóstico suele ser muy malo, y en el caso que nos ocupa considera que, no apareció ninguna sintomatología que orientara la naturaleza del proceso y entiende que el 24 de octubre de 2017 la enfermedad se encontraba ya en un estado irreversible.

El reproche de los interesados referido al deficiente seguimiento y “abandono” del paciente, resulta desmentido en la historia clínica y los informes obrantes en el expediente, que evidencian, un estrecho seguimiento clínico del paciente con visitas diarias del médico.

Igualmente resulta desmentido en la historia clínica y en el informe del servicio médico de Oncología que se suministrara radioterapia al paciente.

En definitiva, de acuerdo con los informes médicos que obran en el expediente, cabe concluir que la actuación de todos los servicios médicos implicados en el proceso asistencial del hermano de los reclamantes fue ajustada a la *lex artis*, y si bien pusieron todos sus medios al servicio del paciente, afectado por graves patologías, ello no pudo evitar el fatal desenlace que no se considera imputable a la actuación sanitaria dispensada.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación formulada al no haberse acreditado mala praxis en la asistencia dispensada.

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 1 de septiembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 354/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid