

Dictamen nº: **423/20**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **29.09.20**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 29 de septiembre 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 D. ...., Dña. .... y D. .... (en adelante “*los reclamantes*”), por el fallecimiento de su esposa y madre, Dña. .... (en adelante “*la paciente*”), durante el tratamiento del cáncer de mama en el Hospital Universitario de Fuenlabrada.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito presentado el día 5 de diciembre de 2017, los reclamantes, asistidos por abogado, formulan reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su esposa y madre, que atribuyen al retraso en el diagnóstico, y a la falta de diligencia y control en el tratamiento del cáncer de mama recibido por la paciente en el Hospital Universitario de Fuenlabrada (folios 1 a 27 del expediente administrativo).

Los reclamantes exponen que su familiar tenía antecedentes familiares de cáncer y que por este motivo estaba siendo tratada desde 2006 por el Servicio de Ginecología de ese hospital.

Refieren que tras someterse en junio de 2013 a una mamografía de cribado en el Programa de Detección Precoz del Cáncer de Mama (DEPRECAM), resultó una “*lesión (sic) de dos centímetros en la mama derecha*”, y que pasaron tres meses hasta que se le repitió la prueba con una mamografía de dos proyecciones en septiembre de ese año. El diagnóstico final tras la biopsia fue carcinoma de mama.

Los reclamantes dicen que la paciente fue sometida a tratamiento con quimioterapia, que se inició en diciembre de 2013 y que el 21 de abril de 2014 fue intervenida con cirugía conservadora de Tumorectomía en la mama derecha y que posteriormente, recibió radioterapia.

Continúan relatando que, debido a sus antecedentes personales y familiares, en octubre de 2014, se sometió a la paciente a diferentes pruebas en el Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid de las que resultó que presentaba una mutación en el gen BRCA1 que la hacía susceptible de padecer un cáncer de mama o/y ovario.

Señalan que en diciembre de 2014 su familiar “*recibió el alta médica con la indicación de ser sometida a revisiones anuales. En ese momento nadie informó a la paciente de la recomendación de ser sometida a anexectomía bilateral y mastectomía profiláctica para evitar la aparición de nuevos tumores y que posteriormente, en abril de 2015, fue cuando se recomendó dicha intervención, pero en julio del mismo año le aconsejaron esperar a septiembre para realizar la mastectomía. La paciente había expresado su deseo de ser sometida a la anexectomía y no esperar a la mastectomía pero nadie le hizo caso*”.

A continuación, enfatizan en la resonancia magnética realizada en septiembre de 2015 y que después, “*para alegría de Doña (...), su oncólogo le comunicó que había superado satisfactoriamente el cáncer de mama*”; y refieren que el 6 de noviembre de 2015 fue sometida a anexectomía bilateral profiláctica.

Finalizan su relato indicando que la paciente acudió a Urgencias el 4 de diciembre de 2015, por presentar un cuadro clínico compatible con un catarro. Sin embargo, fue diagnosticada de un extenso derrame pleural izquierdo compatible con un tumor localizado en la resonancia magnética a la que había sido sometida hacia tres meses: “*cuando la doctora del Servicio de Urgencias comprobó que la paciente no conocía los resultados de dicha prueba, que no había sido sometida a tratamiento alguno ni a pruebas complementarias, no dio crédito y con visible desconcierto remitió a la paciente a hablar con el oncólogo*”. Después, los reclamantes indican que estuvo en tratamiento con quimioterapia.

Imputan que el retraso en el correcto diagnóstico y tratamiento del cáncer de su familiar provocó que el tamaño del tumor aumentara, permitiendo su extensión hasta el punto de convertirse en una paciente paliativa hasta que falleció el 8 de diciembre de 2016.

Los reclamantes consideran incuestionable el nexo de causal entre la actuación sanitaria y el fallecimiento, que se debió a la falta de atención, de diligencia y a la demora asistencial, teniendo en cuenta los antecedentes familiares y la sintomatología que presentaba su familiar. Imputan los siguientes reproches: que se esperó 16 meses desde la mamografía para realizar las pruebas de detección de la mutación del gen BRCA1, la falta de control y vigilancia de la paciente, que el tratamiento de anexectomía fue tardío y cuando ya no procedía y por último, retraso en el diagnóstico y tratamiento de la fase final del

cáncer, incidiendo en que no se valoraron a tiempo las imágenes de la resonancia magnética.

Los interesados cuantifican el importe de su reclamación en un total de 548.325,45 €, distinguiendo los daños *iure proprio* cifrados en 180.922,47 €, de los daños *mortis causa* de 367.402,98 €. Entienden respecto de estos últimos que sí son transmisibles ya que “*la indemnización por los padecimientos que sufrió la paciente fallecida, no es un derecho de indemnización de carácter personalísimo. Evidentemente, la paciente podía haber reclamado en vida pero no lo hizo al aparecer (sic) antes la muerte*”.

Acompañan a su escrito, fotocopia del Libro de Familia, certificado de defunción, un documento con los gastos del sepelio, partes de baja de la Seguridad Social e informes médicos del Hospital Universitario de Fuenlabrada (HUF). (Folios 28 a 314).

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

1.- La paciente, nacida en 1960, fue vista por su médico de Atención Primaria que la remite a su hospital de referencia. Con fecha 26 de mayo de 2006, consta la primera consulta en el HUF: “*...mujer, de 45 años de edad, que acude derivada por MAP por AF de ca. mama. AF: hermana ca mama dx a los 43 años. Exploración: mamas: no patología palpable. No alteraciones complejo areola-pezón. No adenopatías axilares... citar mamografía. Citar en ginecología*”.

Ya en el Servicio de Ginecología del HUF figura en la nota de evolución de 26 de enero de 2007: “*Ecografía de mama: nódulo mama derecha. Recomiendo PAAF. La lesión presenta criterios de benignidad, no obstante dados los antecedentes familiares de la paciente y a petición de ella, recomendamos realizar PAAF por ecografía (mama)*”.

*Realizada el 17-1-2007, sin complicaciones". "Dado el aspecto de la lesión aconsejamos seguimiento ecográfico en 6 meses". El 3 de septiembre: "Mamografía 2 proyecciones de 23-07-2007 dentro de límites normales".*

Con fecha 13 de noviembre de 2008, el informe de Ginecología. *"MAMOGRAFÍA 2 PROYECCIONES: 2-9-2008: dentro de límites normales BIRADS 1"*. Al año siguiente, *"ecografía de mama: 10-12-2009: estudio dentro de límites normales"*.

Se le realiza -con motivo del Programa de Detección de Cáncer de Mama- el 25 de marzo de 2011, una mamografía de cribado con resultado normal BIRADS 2.

La siguiente mamografía de cribado, es el 26 de junio de 2013, el resultado se informa de "seguimiento". En la anotación de 2 de julio: *"Mama derecha: BIRADS 4-PROBABLEMENTE MALIGNO. Mama izquierda: BIRADS 1-NORMAL"*. Consta la derivación al HUF, donde se le realiza una mamografía de dos proyecciones y ecografía de mama, el 16 de septiembre de 2013 informada de categoría BIRADS 5. El informe anatomo patológico es emitido el 8 de octubre.

La nota de evolución del Servicio de Ginecología es de fecha 11 de octubre de 2013, y consta la descripción *"para valoración y biopsia de cúmulo de micro calcificaciones asociadas a asimetría focal en el cuadrante superointerno derecho"* y además, otros antecedentes familiares de interés: *"Antecedentes familiares: hermana ca mama 42 falleció 45 años. Padre ca piel. Tía paterna ca ovario 70 años. Prima hermana paterna ca mama 40 años, induración en CSI de 3-4 cm que la paciente refiere no tenía previamente. Mamografía 2 proyecciones, ecografía de mama, 16-9-2013: categoría BIRADS 5: se biopsia"*.

2.- La paciente pasa a ser atendida por el Servicio de Oncología y en el evolutivo se anota el 18 de octubre de 2013: “*Remitida desde Ginecología por diagnóstico de carcinoma de mama. Carcinoma ductal infiltrante (...) Estando completamente asintomática se realizó una mamografía de cribado en junio 2013 que se repitió en septiembre de 2013 en el hospital con los siguientes hallazgos: MAMOGRAFÍA 2 PROYECCIONES Y ECOGRAFÍA DE MAMA 16/09/2013: remitida del programa de diagnóstico precoz para valoración y biopsia (...) nódulo mamario irregular, denso y espiculado, que asocia microcalcificaciones... en comparación con los estudios previos ha aparecido esta lesión...nódulo mamario derecho muy probablemente maligno. Categoría BIRADS 5: se biopsia.... Se hace RM el 21-10-2013. Valorada en el Comité de tumores de mama, se propone tratamiento con intención neoadyuvante según esquema. Queda pendiente de la fecha de inicio de tto en función de la fecha de BSGC*”

En el informe de Anatomía Patológica de 19 de noviembre “*...carcinoma ductal infiltrante de mama derecha, que acude para ser intervenida en régimen ambulatorio, induración en CSI de 3-4 cm que la paciente refiere que no tenía previamente. RM DE MAMA 21-10-2013: nódulo de morfología irregular de 25x21x25 mm.BIRADS 6. Carcinoma de mama”, “dos ganglios linfáticos sin evidencia de metástasis”. “Se informa de la posibilidad de tratamiento, lee el CI, hace las preguntas pertinentes y firma el CI.*”.

El 28 de marzo de 2014, se inicia el tratamiento neoadyuvante dentro de ensayo clínico. El 10 de abril: “*informo de posibilidad de tumorectomía, el Dr. le había comentado mastectomía. Explico ventajas y desventajas de ambas técnicas. Si tumorectomía posibilidad de nuevas cirugías y mastectomía según hallazgos, no podemos asegurar un buen resultado estético... ”.*

El día 14 de abril, el informe refiere: “*mamografía alta resolución 7-4-14, ecografía de mama. Control post neoadyuvancia del tamaño de*

*la lesión tumoral... las medidas son 28,5 x 23 x 19 mm, en el estudio previo del 31-1-14 las medidas fueron: 29 x 24,6 x 18 mm.”.*

Con fecha 26 de junio de 2014, consta el documento de consentimiento informado para estudio de factores genéticos a realizar en el Hospital 12 de Octubre, firmado por la paciente. El 20 de julio el informe de laboratorio de Oncología Molecular del citado hospital refiere como resultado “*pérdida de la región genómica que abarca los axones del 1 al 13 en BRCA1...*”. El 2 de octubre acude a la Consulta de Oncología del Hospital 12 de Octubre para recoger el resultado del estudio BRCA1 para tratar de conocer su estatus genético con respecto a su familia: se ha encontrado la alteración que explica los casos de cáncer de mama/ovario acontecidos en su familia. “*Se le explica que estimamos que las portadoras jóvenes de esta alteración genética presentarían un riesgo de hasta un 50-60% de presentar cáncer de mama a lo largo de su vida*”. Figura que a la paciente se le han explicado que para su caso particular, lo más favorable para ella sería la salpingo-ovarectomía bilateral tan pronto como concluyese su tratamiento adyuvante con herceptin. La historia clínica en ese hospital no es objeto de reproche.

Por el Servicio de Oncología Radioterápica del HUF se emite informe el 22 de septiembre de 2014 “*recibe QT adyuvante con adriamicina liposomal y trastuzumab, recibiendo el 4º el 25/7/14. Continuará con trastuzumab hasta completar un año. Nos remiten a la paciente para valorar. TC de tórax de alta resolución 27-8-2014: quistes pulmonares bilaterales y pequeños nódulos subpleurales sin cambios desde 2010. Se solicita la firma del consentimiento informado, se decide efectuar la irradiación de la mama derecha*”. Ese tratamiento se inició el 25 de agosto y finalizó en diciembre de 2014.

En el mes de enero de 2015 consta ya lo referido por el estudio realizado en el otro hospital “...*BRCA1, ya citada con analítica y mamografía en marzo*”.

En la consulta de 25 de marzo de 2015 de Ginecología: “*BRCA1, PENDIENTE DE VALORAR DOBLE ANEXECTOMÍA Y POSIBLE MT... mamografía: normal, hablo con ginecología para valoración de doble anexectomía y MT bilateral*”.

En la consulta de 20 de abril de 2015 de Ginecología, figura en la revisión como asintomática: “*Vista en Oncología médica en marzo, recomiendan anexectomía bilateral u mastectomía profiláctica... fin trastuzumab en dic 2014*”. Consta anotado en el Plan: “*manifiesta que por problemas laborales no desea la intervención hasta julio o agosto; Remito a cirugía general para valorar mastectomía con RI (intentaríamos programar el mismo día la anexectomía bilateral, cito para incluir en lista de espera quirúrgica en 3 meses*”.

El 14 de mayo no comparece; el 11 de junio “*aconsejo esperar a que haya pasado 1-1,5 a del fin de la radioterapia por lo que cito en septiembre; Aviso a gine para hacer la doble anexectomía*”.

El 2 de julio se solicita TC TAP, y la exploración ginecológica y ecográfica son normales; “*la paciente se hará a finales de julio la anexectomía y la idea es hacerse la reconstrucción mamaria en septiembre*”.

El 13 de julio acude para programar la anexectomía. “*Vista en cirugía le recomiendan esperar a la mastectomía en sept; desea hacerse la anexectomía y no esperar a la mastectomía. Explico anexectomía, riesgos y posibles complicaciones. Solicito preoperatorio. Firma consentimiento. Incluyo en lista de espera quirúrgica*”.

El 9 de octubre figura que “*se hará la anexectomía en noviembre y pospone el resultado de la cirugía sobre el abdomen; se está pendiente de resultado de TC TAP*”, citándola en tres meses con RM de mama.

El 26 de octubre figura que la paciente “*ha decidido de momento solo intervención profiláctica ginecológica; espera para la intervención de mama. Está esperando a ser llamada por la lista de espera quirúrgica. Puede intervención en noviembre. Ella quiere hacerse ya la anexectomía*”.

La intervención se realiza el 6 de noviembre de ese 2015 y el informe de anatomía patológica refleja que “*no hay atipias ni evidencias de malignidad*”; la paciente recoge el resultado el día 4 de diciembre en el Servicio de Ginecología.

3.- El día 4 de diciembre por la tarde acude a Urgencias por disnea, donde se la realiza una radiografía de tórax y queda ingresada. Al día siguiente, la paciente pasa a Oncología. “*Motivo: derrame pleural izquierdo a estudio. Febril... acude a urgencias por disnea de dos semanas. Refiere aumento de dolor lumbar en relación con postoperatorio inmediato*”. La paciente queda ingresada.

El 4 de diciembre de 2015 se le hace TAC TÓRAX PA Y LAT: “*gran derrame pleural izquierdo. Se observan varios nódulos pulmonares; dos de ellos se proyectan sobre el arco anterior de la segunda costilla izquierda y podrían corresponder a la evolución de los nódulos descritos en el estudio previo del 28 de septiembre de 2015; otro nódulo paraesternal izquierdo y otro superpuesto a la quinta y sexta vértebra dorsales. TC DE TÓRAX/ABDOMEN/PELVIS de 28-09-2015 (informe volcado 30/10/15): “han aparecido varias imágenes nodulares, podrían tratarse de metástasis pleurales, no se veían en los estudios previos y son sospechosos de malignidad. Múltiples lesiones compatibles con quistes pulmonares, ya conocidos. ANGIOGRAFÍA de arterias*

*pulmonares el 5-12-2015: Múltiples implantes pleurales izquierdos con gran derrame pleural que condiciona colapso del parénquima pulmonar. Los hallazgos son compatibles con progresión tumoral. Control de ecografía 5-12-2015: observando derrame pleural izquierdo. 13-12-2015: TORAX PA Y LAT: derrame pleural izquierdo con signos de diseminación tumoral, prácticamente sin cambios con respecto a previas o un ligero aumento. BIOPSIA PLEURAL 9/12/2015: DIAGNÓSTICO ANATOMOPATOLÓGICO: cambios exudativos con hiperplasia mesotelial reactiva e inflamación crónica moderada". Permanece ingresada hasta el 18 de diciembre.*

4.- En el año 2016, estuvo ingresada del 11 de enero al 9 de febrero a cargo del Servicio de Oncología Médica "recaída pleuro-pulmonar diciembre 2015. TC TÓRAX 2-2-2016: diagnóstico: diseminación metastásica pleural izquierda; la progresión de la enfermedad es difícil de valorar dado que el estudio previo presentaba gran cantidad de derrame pleural lo que oscurecía la cantidad de lesiones pleurales". Ingresa desde Urgencias para toracocentesis por derrame pleural masivo, procediéndose el 12 de enero, sin éxito. El 22 de enero de 2016 se decide poner segundo ciclo de quimioterapia solo con docetaxel.

Estuvo otra vez ingresada del 2 al 25 de abril en el mismo servicio; en el TC realizado el 6 de abril, "las grandes masas pleurales izquierdas están aumentando progresivamente de tamaño. Piel con una proliferación melanocítica. DIAGNÓSTICO AP: pierna izquierda. Se decide extirpar". El 27 de abril se realiza extirpación de márgenes ajustados.

Con fecha 27 de mayo de 2016, consta informe médico de Mdanderson Cancer Center, Madrid: "...solicitan segunda opinión oncológica... coincidimos con el manejo que se está realizando en su centro de referencia... mantener el tratamiento". Consta que el 1 de julio "comienza con 4º Capecitabina + Bevacizumab...".

La paciente estuvo ingresada nuevamente desde el 29 de julio al 7 de septiembre de 2016 porque “*desde hace unos días sensación de mareo. Se decide ingreso para completar estudio con RM tórax. 25-07-16: masas pleurales izquierdas sin cambios. RM CEREBRO 3-08-16: no se observan signos de proceso expansivo. ANGIOGRAFÍA 9-08-16. Progresión de enfermedad pleural metastásica: existe cada vez menos parénquima respetado. Nódulos pulmonares de nueva aparición, probable afectación metastásica pulmonar.*” “*Ha recibido tratamiento radioterápico entre los días 25/08/16 y 31/08/16.*” El mareo ha sido la principal preocupación durante el ingreso sin otra clínica acompañante. Se inició nuevo ciclo de quimioterapia durante el ingreso sin incidencias. Dada la estabilidad clínica, “*se decide alta a domicilio con ESAD*”.

El último ingreso en el Servicio de Oncología es desde el 31 de octubre al 16 de noviembre de 2016, por mal control de dolor. “*Mal control de dolor oncológico secundario a metástasis óseas. Efectos secundarios de opioides. Progresión de enfermedad de base: aparición de metástasis cerebrales. Diagnóstico de base: carcinoma de mama (...) En progresión.*”

Consta anotado “*He hablado con una hija y un hijo al respecto. Estudiaremos otras técnicas analgésicas paliativas. Rechazan, por el momento, la realización de radiofrecuencia de nervios intercostales, ante la progresión y empeoramiento de ECOG se decide cese de tratamiento sistémico por ausencia de beneficio, y se plantea seguimiento por médicos de atención domiciliaria (ESAD)*”

La paciente fallece a las 13.21 horas del día 8 de diciembre de 2016 por cáncer de mama metastásico, tras haber ingresado en Urgencias ese mismo día en “*situación agónica*” (folio 698).

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, 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 (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente un informe de la coordinadora del Programa de Detección Precoz del Cáncer de Mama (DEPRECAM) de fecha 10 de abril de 2018, en el que describe la asistencia sanitaria prestada, realizándose su segunda mamografía de cribado el 26 de junio de 2013, a los dos años de la anterior mamografía el 25 de marzo de 2011, con resultado “*normal*”, tal y como está establecido. La carta con los resultados está fechada el 2 de julio de 2013, “*Diagnóstico: BIRADS B4-probablemente maligno*” y fue derivada a su hospital de referencia. El informe señala que “*en el momento en que se emite la sospecha diagnóstica, la mujer es asintomática y el carcinoma se encuentra en fase preclínica*”. Indica que en el programa queda registrado el resultado de la biopsia de mama derecha realizada en el HUF en septiembre de 2013 y concluye que se ha cumplido el objetivo del programa de detección precoz (folios 774 y ss).

Asimismo, ha emitido informe la coordinadora del Servicio de Urgencias del HUF de fecha 23 de febrero de 2018 en relación con la asistencia prestada por dicho servicio al que acudió la paciente el 4 de diciembre de 2015. Indica que la radiografía de tórax presentaba gran derrame pleural izquierdo y nódulos pulmonares de características extraparenquimatosas. Dados los antecedentes de carcinoma de mama e inmovilización previa en contexto de cirugía, se decide solicitar angioTC pulmonar para descartar tromboembolismo, descartándolo, pero “*mostrando lesiones nodulares pleurales y derrame pleural congruente con recaída de su carcinoma. Se mantiene en observación en Urgencias para valoración por Oncología por la mañana, y decisión conjunta de realización de toracocentesis, que se realiza posteriormente,*

*el 7 de diciembre y no al ingreso para facilitar la calidad de la muestra para bloque celular. Se cursa ingreso en Oncología, informando a la paciente de la situación”.*

Por último, se emitió informe por el jefe del Servicio de Oncología Médica del HUF el 16 de marzo de 2018, que también figura firmado por la jefe de Servicio de Diagnóstico por Imagen (folios 755 a 766), en el que se describe de forma detallada toda la asistencia sanitaria prestada a la paciente y en él se rebaten los reproches concretos del escrito de reclamación, indicando que “*ni en su diagnóstico ni en el tratamiento se ha generado a la paciente pérdida alguna de oportunidad, puesto que ésta no disponía de oportunidad alguna*”. En síntesis, el informe señala literalmente:

- El diagnóstico inicial de la paciente se produce en su momento como consecuencia de las pruebas que se le venían realizando de acuerdo a los protocolos que correspondían a su situación y antecedentes familiares conocidos, según las recomendaciones de la Sociedad Española de Oncología Médica, de la Sociedad Americana de Oncología Médica y de las Guías Clínicas del *National Cancer Institute*. El tratamiento que se inicia a consecuencia del diagnóstico es correcto y adecuado conforme a la *lex artis*, llegando a su inclusión en un ensayo médico que representaba lo más avanzado de la ciencia médica en el momento.

- Que su enfermedad ha sido desde el principio de pésimo pronóstico, como resulta de la propia evolución del caso y su forma de presentación: en el momento del diagnóstico la paciente tiene un tumor de alto grado (grado histológico III), con ausencia completa de receptores hormonales, lo que le confiere un peor pronóstico en sí mismo puesto que indica una acusada desdiferenciación biológica de las células respecto a las normales que componen el tejido mamario sano e imposibilita absolutamente la utilización de hormonoterapia

como tratamiento en este tipo de enfermedades así como la presencia de una sobreexpresión de c-erb2 que acaba de completar el espectro de mal pronóstico de la enfermedad que portaba al diagnóstico. Estos son los factores de riesgo determinantes del mal pronóstico de la paciente y son los actualmente prevalentes como criterios de evaluación de los enfermos oncológicos habiendo desplazado a los factores clásicos de pronóstico tales como el tamaño del tumor o el número de ganglios axilares afectados.

- El tumor es potencialmente agresivo por estos factores. Por este motivo a la paciente se le administró un tratamiento con quimioterapia neoadyuvante para buscar la mejor respuesta posible. Además, se hizo en el contexto de un Ensayo Clínico que permitía la mejor opción de tratamiento posible al combinar en el tratamiento el bloqueo completo tanto del receptor de crecimiento de c-erb2 como una quimioterapia específica. (...) Esa quimioterapia adyuvante se hizo asociada al trastuzumab, que se mantuvo durante un año. A pesar de lo cual ninguna de estas actuaciones consiguió modificar el pronóstico de la paciente, puesto que ésta presentó una recaída sistémica en diciembre de 2015. Cuanto más indiferenciadas sean las células que componen un tumor (y se ha comprobado absolutamente que lo eran) mayor probabilidad existe de que, ya desde el mismo momento de la aparición del tumor, haya células que han adquirido la capacidad de migrar por vía sanguínea o linfática a otros órganos.

Precisamente, en función de ese pésimo pronóstico, la paciente nunca fue dada de alta, estando sometida a un continuo seguimiento y valoración de su respuesta al tratamiento.

- Y que la recaída de la paciente, independientemente de cómo o cuándo se diagnosticó, determinaba de forma ineludible el desenlace fatal. Esa recaída se produce como consecuencia de la absoluta falta de respuesta de su enfermedad a ningún procedimiento terapéutico.

- La paciente falleció un año después del diagnóstico de la enfermedad metastásica, a pesar de haberle suministrado tratamiento quimioterápico con muy escasa o nula respuesta, tal y como era esperable.

Así mismo, se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria de fecha (folios 786 a 815) que analiza con todo detalle la asistencia sanitaria a la paciente con referencias a los hechos averiguados constatados como tales en su historia clínica de forma rigurosa, estudia los informes remitidos por los servicios afectados, realiza diversas consideraciones médicas sobre el tipo de cáncer de la paciente y emite su juicio crítico sobre las actuaciones objeto de reproche.

En particular, destaca respecto de lo que la reclamación denomina resonancia magnética realizada en septiembre de 2015, que esta prueba es una Tomografía axial computerizada (TAC) abdominopélvica: *"En cuanto a la cuestión del TC-TAP realizado en septiembre de 2015 y cuyos resultados estaban disponibles a finales de octubre y que ya mostraba imágenes nodulares y sospecha de malignidad, parece claro que no se ponen a disposición de Dª hasta su ingreso en Urgencias, es decir 35 días después de la posibilidad técnica de hacerlo, pero creo que por desgracia esta deficiente información sobre la posible existencia de metástasis derivada de su tumor, no tuvo influencia alguna en el desarrollo de los acontecimientos puesto que nada se podía hacer al no existir tratamiento alguno posible curativo".*

Concluye *"1º) Que las actuaciones diagnósticas, preventivas y terapéuticas dispensadas con ocasión del cáncer de mama que sufrió, fueron acordes a lo aconsejado de acuerdo al estado actual de la ciencia. 2º) Que la puesta disposición de la paciente de los resultados del TC-TAP que mostraba ya signos de posibles metástasis, una vez estaban disponibles a finales de octubre, en mi opinión y por desgracia*

*no hubieran alterado la naturaleza evolutiva del tumor agresivo que padecía”.*

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, se ha evauciado el oportuno trámite de audiencia. Con fecha 2 de diciembre de 2019 los reclamantes efectúan alegaciones en las que consideran acreditada la existencia de *mala praxis*, criticando el informe del servicio afectado y tratando de rebatir el de la Inspección. Ponen énfasis en que la paciente se enteró cuando ingresó en Urgencias por otro motivo, de la metástasis de su cáncer, que fue diagnosticado en ese momento “*porque el servicio de oncología no fue capaz*”. Indican que no importa que lo realizado el 28 de septiembre de 2015 fuera una tomografía computarizada de tórax o una RM, sino que en la prueba, en este caso una TAC de abdomen y pelvis se observaban nódulos que podrían tratarse de metástasis: “*Decir, con estos datos objetivos, que el retraso no perjudicó la evolución de la paciente resulta insultante para la inteligencia de esta parte*” y concluye “*que la falta de observancia de esta prueba diagnóstica privó a Doña del derecho a conocer su estado y de decidir la manera de afrontarlo*”, que la mala *praxis* fue aquí evidente y no entiende cómo el inspector la califica de no indemnizable.

Finalmente, se ha formulado propuesta de resolución por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria (folios 827 a 834) con fecha 21 de mayo de 2020 por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse demostrado una mala *praxis*, ni nexo causal en sentido jurídico entre la actuación facultativa y el daño reclamado.

**CUARTO.-** Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 23 de junio de 2020 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 312/20, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 29 de septiembre de 2020.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

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 €, 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 parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC y debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP).

Los familiares de la paciente fallecida ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP, en cuanto que son familiares de la persona que recibió la asistencia sanitaria que consideran incorrecta (como acredita la fotocopia del Libro de Familia aportada) y cuyo fallecimiento le ocasionó un indudable daño moral.

En cuanto al contenido de la reclamación por los daños y sufrimientos padecidos por su familiar, es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora que los daños personalísimos no son transmisibles, por lo que no están legitimados para reclamarlos.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en un centro sanitario público de su red asistencial, el HUF.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo o de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, fallecida la paciente el día 8 de diciembre de 2016, la reclamación se presenta el día 5 de diciembre de 2017, por lo que no cabe duda de que está formulada en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedural y, así, se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 LPAC, esto es, al Servicio de Oncología y al de Urgencias del HUF. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha unido la historia clínica.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se ha dado audiencia a los interesados en el procedimiento, que han efectuado alegaciones. Posteriormente, se ha dictado propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 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, previsión desarrollada por la LRJSP, artículos 32 y siguientes.

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 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

- 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”.*

- 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.-** En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada “*lex artis*” se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4<sup>a</sup>) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho

Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010 ) 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*».

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido, debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones.

**QUINTA.-** Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado el fallecimiento del familiar de los reclamantes, que provoca un “*daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 -recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999).

Probada la realidad del daño, resulta necesario examinar si existe relación de causalidad entre este y la asistencia sanitaria prestada en el HUF y para ello, los reproches efectuados han de examinarse sobre la base del material probatorio contenido en el expediente administrativo.

Como ya hemos señalado, 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, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el presente caso, los interesados no han aportado elemento probatorio alguno en forma de dictamen pericial o criterio médico para acreditar la existencia de mala *praxis* en la atención dispensada al paciente durante el diagnóstico y tratamiento del cáncer, pese a la gravedad de la imputación del fallecimiento de su familiar al HUF.

Por el contrario, si analizamos la historia clínica vemos cómo el tratamiento y atención recibidos por la paciente ha sido continuo tal y como hemos trascrito con detalle en el antecedente de hecho segundo de este dictamen.

i) Empezaremos por la fase del diagnóstico, con las pruebas que se le hicieron. Para ello, hemos de traer a colación lo que recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 2020 (rec. 541/2017):

*“La fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia*

*clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante lo anterior, respecto al error de diagnóstico es importante advertir que para que éste sea generador de responsabilidad es necesario que atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitara alguna oportunidad de curación. En definitiva, es necesario que la falta de diagnóstico, o bien su error o su retraso sea imputable a la Administración y por ello sea determinante de la lesión del derecho del paciente a un diagnóstico correcto en tiempo oportuno.*

*El error de diagnóstico es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración, por incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso o conocimiento de la práctica médica.*

*Ahora bien, no todo error de diagnóstico da lugar a responsabilidad y ha de insistirse en que, para que ello suceda, es necesario que como consecuencia del error no se haya procurado al paciente la asistencia sanitaria exigible”.*

En cuanto a la historia clínica de la paciente en Atención Primaria (examinada por el inspector en el programa Horus), partimos de que en el mes de mayo de 2006, el único antecedente familiar advertido de cáncer de mama era una hermana diagnosticada a los 43 años (que luego falleció en 2008). Por ello, no puede reprocharse una falta de

estudio genético previo en la detección de su cáncer, por cuanto que “*La indicación de realización de estudio genético en 2006 sólo hubiera existido si el diagnóstico familiar hubiera sido antes de los 40 años*”, edad fijada en los protocolos.

Consta pues que la paciente fue derivada en 2006 de su centro de salud al HUF y la realización de ecografía y PAAF en 2007, así como de mamografías en los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, “*todas ellas dentro de la normalidad*” en palabras del inspector.

En cuanto al programa de DEPRECAM, consta el cuadro del informe elaborado tras la reclamación, con la fecha de las mamografías y su resultado, siendo como hemos dicho, la realizada el 26 de junio de 2013 con resultado de “*sospechoso de malignidad*”, BIRDS 4 en la clasificación, la que pone en marcha todo el sistema de atención, con la derivación al HUF. Los resultados constan informados a los pocos días, en concreto el 2 de julio y la paciente es atendida en el HUF en el mes de septiembre. No hay por tanto, demora asistencial y valoramos como correcta la conclusión del informe de la responsable del DEPRECAM de que se ha cumplido la finalidad del programa.

Ya en el HUF, el 16 de septiembre de 2013 se le realiza mamografía especial de dos proyecciones y además, ecografía de mama, apareciendo “*cúmulo de microcalcificaciones asociada a asimetría focal en cuadrante superointerno derecho, que en comparación con los estudios previos, se informa como nódulo mamario derecho muy probablemente maligno y de categoría BIRADS 5.*” Se le realiza el mismo día la biopsia con aguja gruesa, que el inspector refiere que -para esa categoría- es lo indicado.

Como datos a tener en cuenta es en el mes siguiente (octubre) cuando, por una parte, se reflejan los otros antecedentes familiares, y por otra, se valora el caso en Comité de Tumores y se plantea tratamiento neoadyuvante previo a la cirugía. Además, lejos de haber

ausencia de pruebas para el seguimiento y control de la enfermedad se encarga RMN que se hace el 21 de octubre y se informa ya como categoría BIRADS 6. Es decir, vemos como de un mes para otro el pronóstico va empeorando de forma rápida. En este sentido, compartimos la afirmación del inspector respecto del periodo de 2013: “*Las actuaciones citadas anteriormente son correctas y destinadas al diagnóstico preciso del tipo de tumor que tenía D<sup>a</sup> y a la decisión del enfoque terapéutico más adecuado*”.

Y con ello quedan rebatidos los reproches de retraso asistencial o de no haberse tenido en cuenta sus antecedentes y de demora en el diagnóstico de la detección del cáncer. La claridad del informe de la Inspección es manifiesta: “*El hecho de que en julio presentara BIRADS 4, en septiembre BIRADS 5 y en octubre BIRADS 6, puede obedecer a la propia agresividad del tumor, así como a los mejores métodos de diagnóstico por imagen que se fueron empleando. Los tiempos el diagnóstico final del tumor fueron más que correctos, ya que en apenas 30 días se habían realizado mamografía, ecografía, RMN, biopsia de ganglio centinela y del nódulo, informe de anatomía patológica y decisión de estrategia terapéutica .Teniendo en cuenta que la petición de nueva mamografía se hizo a finales de julio, especular con que una posible cita para repetir la mamografía antes, en agosto por ejemplo, hubiera alterado el curso de los acontecimientos posteriores ante la agresividad del tumor, carece de soporte científico alguno*”.

ii) En cuanto al reproche de la indicación de estudio genético en la paciente, hay que señalar que en contra de lo aducido en la reclamación, no es hasta el mes de octubre de 2013, cuando la historia clínica refleja los otros dos casos de antecedentes familiares con cáncer, tía materna y el de su prima hermana paterna.

La realización del estudio genético que ha de hacerse en otro hospital, quedó pospuesta para tratar la enfermedad que ya había

surgido. El informe de la Inspección avala esta actuación que reputa como “*lógica*” indicando que dicho estudio es finalmente realizado en el mes de octubre de 2014 en el Hospital 12 de Octubre.

Además, en la nota de evolución del mes enero de 2015 consta ya lo referido por el estudio realizado en el otro hospital “...*BRCA1 detección en exons*” y figura que se le informa a la paciente de las opciones de tratamiento. Estas alternativas eran “*bien un seguimiento específico con periodicidad de mamografías bilaterales y marcadores tumorales, más revisión ginecológica y ecografía abdominal completas; o bien anexitomía bilateral y mastectomía bilateral, es decir, cirugía preventiva*”, para lo cual se interesó informe de Consejo Genético en enero de 2015. Es decir, su caso fue adecuadamente estudiado.

iii) En cuanto al seguimiento que se realizó a la paciente, se deduce que fue conforme a la *lex artis*, dado el número de pruebas y su periodicidad, las consultas efectuadas y constando también la intervención de diversos servicios, cuyas anotaciones revelan la coordinación entre ellos: Ginecología, Oncología y Oncología Radioterápica, sin que todo ello suponga garantizar el resultado curativo y menos aún en una enfermedad como el cáncer.

Respecto del tratamiento es de advertir que el escrito de reclamación no manifiesta criterio médico alguno que pudiera contradecir lo actuado, y ello unido a que la explicación rigurosa y más que detallada por parte del Servicio de Oncología en su informe, nos permite coincidir con el inspector que avala el tratamiento a consecuencia del diagnóstico como correcto y adecuado. El informe del servicio afectado es muy significativo en este punto al afirmar “*la inclusión (de la paciente) en un ensayo médico que representaba lo más avanzado de la ciencia en el momento*”.

El tratamiento aplicado con trastuzumab tuvo que finalizar y en ese momento, es cuando se aconsejó la realización de anexectomía y mastectomía, de lo que se informó a la paciente.

Es importante destacar además, las notas de la historia clínica de cómo se encontraba la paciente en 2015. En efecto, en la consulta de Oncología del 25 de marzo de 2015 la mamografía había sido “normal”, figurando que el 20 de abril de 2015 en revisión está “asintomática”.

iv) Respecto de la intervención de anexectomía y de su fecha, vemos que la historia clínica desmiente las afirmaciones de retraso, ya que consta anotado el 20 de abril de 2015 en la consulta de Ginecología que la paciente manifiesta que “*por problemas laborales no desea la intervención hasta julio o agosto*”; y figura exactamente “*cito para incluir en lista de espera quirúrgica en 3 meses*”. Precisamente es el tiempo que transcurre hasta la consulta de 13 de julio de 2015, en que ya la paciente refiere que desea hacerse la anexectomía y no esperar a la mastectomía, por lo que se actúa en consecuencia y se le informa de la operación, firmando el consentimiento, incluyéndosela en la lista de espera quirúrgica, y realizándose el preoperatorio. La intervención se efectúa el 6 de noviembre de 2015, “*procediéndose a la extirpación bilateral de ambos ovarios y trompas mediante abordaje laparoscópico, sin incidencias. El análisis anatomapatológico de las piezas quirúrgicas no evidencia atípicas ni evidencias de malignidad. El curso postoperatorio de dicha intervención evoluciona con normalidad*”.

Nuevamente la asistencia letrada de la paciente no fundamenta en criterio médico, su afirmación de que dicha intervención ya no era necesaria, por lo que seguiremos el criterio de la Inspección que avala la operación y la explicación del servicio afectado, manifestando que en cualquier caso, “*la extirpación de ovarios y trompas no modifica el curso del proceso maligno de mama que tenía. Entiendo, pues, que carece de fundamento esta parte de la reclamación*”.

v) Lo relativo al reproche de que se dio de alta a la paciente, informándole incluso de que “*había superado el cáncer*” causa verdadera sorpresa, ya que en la historia clínica que hemos trascrito con minuciosidad no está anotado nada semejante; téngase en cuenta que la paciente padecía un cáncer con una evolución muy mala. Como avala el inspector “*No consta en ninguno de los informes que a Dª se le comunicara que estaba de alta o que el cáncer se había superado, sino que siguió sometida a pruebas para ver la evolución de su enfermedad*”.

v) Por último, hemos de analizar lo relativo al reproche de la resonancia magnética (según la reclamación) realizada el 28 de septiembre de 2015, de sus resultados y del conocimiento de los mismos el 5 de diciembre de ese año por la paciente, con motivo de su ingreso en Urgencias.

Ya ha quedado desmentido que se tratara de una resonancia, siendo un TAC abdominopélvico. Una vez realizado y con un tiempo prudencial para que el médico haga el informe con los resultados, es lo cierto que el 9 de octubre figura como “*pendiente de informe*” y con la anotación en la historia clínica de volver a citar a la paciente una vez esté disponible; estos resultados no figuran en la historia hasta el 30 de octubre.

A la paciente se la informa de ellos cuando, el 4 de diciembre de ese 2015 acude a Urgencias por un derrame pleural y se le realiza una Rx tórax, y entonces se hace referencia a que las lesiones encontradas parecen corresponder a la evolución de las lesiones descritas en el estudio previo de 28 de septiembre: TAC-TAP (“*...varias imágenes nodulares...podrían tratarse de metástasis pleurales, no se veían en estudios previos, sospechosas de malignidad.*”). El derrame pleural se confirma, en enero de 2016, en que ya hay metástasis.

Este retraso objetivo de 35 días en informar a la paciente de la posible metástasis luego confirmada, es contrario a la *lex artis* ya que

por su oncólogo debió proveerse una cita para informarle de ello cuando el 30 de octubre “*volcó los resultados*”; pero no es menos cierto que hemos de examinarlo en el contexto de toda la historia clínica de la paciente en esos años y es desde luego, la única falta que se encuentra.

Ahora bien, hecha esta consideración hemos de decir que se trata de una falta de información que sufrió la paciente y que es un daño personalísimo solo padecido por ella y por el que los familiares no están legitimados para reclamar, tal y como es criterio de esta Comisión Jurídica Asesora en numerosos dictámenes. No se trasmite *mortis causae* a sus familiares, pues como dice la reclamación se privó a la paciente de obtener esa información y no a los familiares. Pero es ella la que tuvo todo un año para poder reclamar desde el 5 de diciembre de 2015 al 8 de diciembre de 2016 en que fallece y no lo hizo, por lo que sus familiares no pueden arrogarse ahora este derecho reclamando una indemnización pecuniaria para la que no están legitimados.

En adición a ello, el haber informado de la posible metástasis en ese mes de noviembre de 2015, no habría mejorado el pronóstico del paciente ni hubiera cambiado su tratamiento, pues como señala el responsable del servicio y el médico inspector corrobora en su informe, ese cáncer era muy agresivo y el organismo de la paciente no respondió a los tratamientos. Dada la certeza del fatal desenlace de este tipo de cáncer, no puede admitirse la petición efectuada por los reclamantes basada en una pérdida de oportunidad, que en este caso no había. Ello no solo porque lo diga el médico del servicio responsable sino porque la historia clínica del año 2016 está llena de continuos ingresos hospitalarios en dicho servicio con empeoramiento de la paciente acelerado, constando además la información en ese sentido, dada al final por el oncólogo a los hijos de la paciente.

Tal y como dijimos en nuestro reciente Dictamen 256/20 de 30 de junio sobre un caso de cáncer de mama en el que se invoca la pérdida de oportunidad que en cuanto a los presupuestos para la aplicación de esta doctrina, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la sentencias de 13 de julio de 2005 y 12 de julio de 2007, expresa que “*para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios*”

En el presente caso, no es indemnizable a los reclamantes este daño, en primer lugar porque no están legitimados para ello por cuanto este retraso en recibir una información de su enfermedad se trata de algo personalísimo de su familiar y no ha sido sufrido por ellos, y en segundo lugar porque como indica la sentencia, es necesario que la actuación médica privara a la paciente –con ciertas probabilidades- de mejorar su atención o recibir otro tratamiento, y como ha quedado objetivamente constatado, la muerte de la paciente sucedió desgraciadamente, tal y como se había previsto.

Por todo cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación presentada al no haberse acreditado la relación de causalidad entre el fallecimiento de la paciente y la actuación médica reprochada.

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 29 de septiembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 423/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid