

Dictamen nº: **551/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.12.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 19 de diciembre de 2019, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por D., (en adelante “*el reclamante*”) por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de D. que atribuye a un alta indebida en el Hospital Universitario 12 de Octubre (HUDO).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en registro electrónico el 6 de enero de 2017 el reclamante solicitó una indemnización por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su padre.

En su escrito recoge que su padre había sido diagnosticado en el año de 2006 de una mielofibrosis primaria JAK2V617F positiva.

Acudió el 29 de diciembre de 2015 al HUDO procedente de Ferrol para participar en un ensayo clínico. Se le realizó una exploración física y de sus constantes vitales.

El 8 de enero acudió a realizar diversas pruebas para determinar su aptitud para participar en el ensayo, pero no se realizó una punción de médula ósea tras recibir los resultados de la analítica.

A las 15.00 horas se le comunica que no puede participar en el ensayo y que “*está mal*” pero la enfermedad “*no ha derivado a nada malo*” aunque le aconsejan su ingreso en el HUDO. Al dar los familiares su conformidad la doctora se dispone a solicitar una cama y se decide transfundirle plaquetas.

Tras consultar con la hematóloga que le atiende en Ferrol se decide transfundirle un concentrado de hematíes y dos pool de plaquetas. A las 17.30 se le informa que, de acuerdo con la citada hematóloga, se ha decidido no ingresarle y remitirle a su domicilio.

A las 19.00 horas abandona el hospital si bien advierte a los facultativos de su dificultad para respirar por lo que se le prescribe Fluimil jarabe.

Señala la reclamación que en Urgencias se advierte un posible shock séptico sobreañadido por neumonía.

El paciente prefirió pernoctar en un hotel y a la 1 de la madrugada su esposa avisa a los hijos indicando que respira con dificultad. Es trasladado por el SUMMA a Urgencias. Tras una hora la esposa avisa a los hijos para decirles que se les ha indicado que no hay nada que hacer.

La reclamación rechaza lo recogido en la historia clínica en cuanto a que se acordara con la familia la adopción de medidas de confort sin que recibieran atención de ningún médico una vez que abandonaron el box de Urgencias. Fallece a las 11.30 del 9 de enero de 2016.

Reclama el reconocimiento de responsabilidad y una compensación económica por daños y perjuicios que no concreta.

Aporta documentación médica, certificado de defunción y fotocopia del Libro de Familia.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo al que se ha incorporado la historia clínica del HUDO ha puesto de manifiesto los siguientes hechos.

El padre del reclamante, nacido en 1947, estaba diagnosticado de una mielofibrosis primaria JAK2 V617F positiva, siendo tratado en el Hospital de Ferrol.

Inicialmente respondió bien al tratamiento, pero, en el año 2013, se comprobó que la enfermedad progresaba por lo que se inició un nuevo tratamiento en el marco de un ensayo clínico. Un año después tuvo que abandonar ese tratamiento por la aparición de un gran hematoma espontáneo que precisó ingreso, transfusiones, novoseven y fibrinolíticos por sangrado masivo.

En 2014 recibió radioterapia local por una masa paravertebral en probable relación con hematopoyesis extramedular detectada en un TAC.

En TAC de control presentaba pequeñas adenopatías axilares izquierdas, masa paraespinal derecha sugestiva de hematopoyesis extramedular, esplenomegalia masiva, hepatomegalia, alteración de la densidad ósea y una masa de partes blandas.

En enero de 2015 inicia tratamiento con talidomida y prednisona.

Acude el 30 de diciembre de 2015 al HUDO para valoración de inclusión en estudio MYF2001 con Imetelsat.

Se lleva a cabo una exploración física de cuello y cara, tórax, abdomen y extremidades (folio 32).

Se explican a paciente y familiares las características del estudio, el procedimiento, el fármaco empleado y sus posibles toxicidades. Se cita al paciente para realizar el *screening* en una semana.

Acude el 8 de enero de 2016 a consultas externas del HUDO remitido por el Hospital de Ferrol para realizar visita de *screening*.

Presentaba “*regular*” estado general (folio 30), astenia, equimosis espontáneas, hemorragia subconjuntival bilateral, edemas periféricos, ECOG 2.

Se realiza analítica que muestra importante leucocitosis, anemia, trombopenia grado 4 y leve coagulopatía. Se practica frotis de sangre periférica que descarta transformación plástica.

Al presentar trombopenia y coagulopatía se decide no realizar punción de médula ósea. No procede su inclusión en el ensayo al presentar trombopenia grado 4.

Se contacta con su hematóloga de Ferrol para informarle de la situación del paciente y, de acuerdo con ella, se decide transfusión de un concentrado de hematíes y 2 *pool* de plaquetas, así como su traslado a domicilio.

Permanece estable hemodinamicamente sin nueva clínica (folio 31).

Se realiza una resonancia magnética en la que el paciente no puede colaborar bien con la apnea y no tolera la permanencia en el

equipo por su situación basal. La prueba muestra una importante esplenomegalia y hepatomegalia.

Se pauta omeprazol, furosemida, alopurinol, prednisona, talidomida, hydra, amchafibrin y Flumil jarabe.

El ultimo comentario de evolución se realiza a las 14.22 horas (folio 32).

A la 1.05 horas del 9 de enero de 2016 es traslado por el SAMUR al HUDO por presentar desde las 21.00 horas del día anterior disnea progresiva hasta hacerse insoportable al intentar acostarse (Folio 32)

Ingresa en Urgencias del HUDO a la 1.44 horas por presentar empeoramiento progresivo de su disnea habitual de unos 3-4 días de evolución con empeoramiento franco de la misma en las últimas 24 horas.

Se realiza exploración física y se piden analíticas. El paciente presenta mal estado general con trabajo respiratorio y signos de hipoperfusión. Se inicia tratamiento ante la sospecha de infección. Los resultados de la analítica muestran fracaso renal agudo, hiperpotasemia y elevación de LDH, colestasis disociada, acidosis metabólica con elevación de lactato, hiperleucocitosis con neutrofilia en el seno de progresión de SMPC y coagulopatía. La radiografía de tórax impresiona de neumonía en lóbulo superior derecho.

Pese a administrar dos tandas 150 ml de HCO₃ 1M persiste la acidosis y comienza con fracaso ventilatorio con reservorio y signos de agonía. Es valorado por Hematología y tras consensuar con familiares se decide priorizar medidas de confort. Pasa a Box de aislamiento a cargo de Hematología.

Es valorado por Hematología que recoge el bajo nivel de consciencia, expectoración verdosa y edemas generalizados. Presenta leucocitosis de 540000 con 45000 plaquetas/mm³. En bioquímica una LDH 1200 potasio 7.9, deterioro del perfil hepático con aumento de la bilirrubina y deterioro de la función renal. Lactato 16 y pH 7.1.

Su nivel de consciencia es bajo, responde de forma no inteligible. Sudoroso con frialdad de extremidades. Equimosis espontáneas en piel. Crepitantes dispersos en ambos campos pulmonares. Abdomen blando y depresible sin poder valorar si es doloroso. Importante hepatoesplenomegalia hasta pelvis. Edemas con fovea a raíz de ambos muslos.

Se anota que la situación es la de una fase muy avanzada de su mielofibrosis primaria no subsidiaria de medidas agresivas. Se inicia tratamiento con antibiótico y bicarbonato sin mejoría clínica ni analítica.

Se explica la situación a la familia acordando inicio de medidas de confort.

Fallece a las 11.30 horas del 9 de enero de 2016.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

Con fecha 20 de enero de 2017 la instructora del procedimiento comunica al reclamante el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial. Consta un escrito de 3 de marzo de 2017 de la aseguradora de la Administración en el que se dan por notificados de la “*declaración de siniestro*”.

El 28 de febrero de 2017 emite informe el jefe de Servicio de Hematología y Hemoterapia en el que hace un resumen de la asistencia prestada y destaca que tras decidir que no podía ser incluido en el ensayo clínico y que procedía el traslado a su hospital de origen:

“El paciente al ser muy tarde decide ir a un hotel y no a su domicilio. Este sufre un deterioro brusco de su estado general relacionado con la situación de su enfermedad y desgraciadamente finalmente fallece. En todo momento se mantuvo informada a la familia dada la situación del enfermo. La complicación que acontece y que probablemente fue la causa final de su muerte es una neumonía que está en relación con la enfermedad de base, ya que es una de las causas de muerte en mielofibrosis son las infecciones. Como se indica en el informe de Urgencias se comenta con la familia que no se considera al enfermo para un tratamiento intensivo de la enfermedad y se decide tratar la infección con las medidas oportunas: Antibióticos y otras medidas de soporte.

En conclusión lamentamos el desenlace fatal del paciente, pero consideramos que fue una situación relacionada con la fase final de su enfermedad de base y según se deduce de los informes. En todo momento se mantuvo informado al enfermo y familiares”.

El 10 de marzo de 2017 la Subdirección General del SAMUR-Protección civil remite el informe realizado el día del traslado del paciente al HUDO.

El 6 de julio de 2017 emite informe la Inspección Sanitaria.

Destaca que: *“Se trata pues de un paciente con un proceso de base, mielofibrosis primaria, en estadio muy avanzado que desde el año 2009 ha estado sometido a diversos tratamientos. Ultimo ingreso por proceso infeccioso en Hospital de Ferrol con alta el 24/12/2015 habiendo*

transfundido 2 CH ese mismo día. Al no constar informe de alta se desconoce situación clínica aunque el paciente refiere al llegar al H. 12 de Octubre astenia importante, sudoración, hiporexia y cuadro de sobrecarga hídrica. Por todo lo anterior y vista la evolución que presentó desde que fue dado de alta tras el oportuno tratamiento suministrado en el Hospital de Día, parece haber entrado en fase evolutiva final con fallo cardíaco, renal e infección todos ello comorbilidades esperadas y causantes de desenlaces como el descrito en este tipo de procesos.

No puede deducirse que no se haya prestado una asistencia adecuada máxime sin conocer situación previa a su remisión al Hospital 12 de Octubre”.

El 12 de julio de 2017 la instructora solicita al reclamante el informe de alta del Hospital de Ferrol de 24 de diciembre de 2015 que es aportado el 3 de agosto de 2017.

Se remite el informe a la Inspección Sanitaria que por escrito de 30 de agosto de 2017 se ratifica en su informe anterior al considerar que se encontraba en una fase evolutiva muy avanzada del proceso que padecía.

El 3 de diciembre de 2018 se concede trámite de audiencia al reclamante.

Presenta escrito de alegaciones el 16 de enero de 2019 en el que se ratifica en los hechos y fundamentos de su reclamación. Considera que el paciente ya respiraba con dificultad antes de abandonar el hospital lo que se quiso solucionar con un jarabe.

El viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución, de 5 de marzo de 2019, en la que propone al órgano competente para resolver, desestimar la reclamación al haberse actuado con arreglo a la *lex artis*.

El 16 de abril de 2019 se solicitó el dictamen de esta Comisión que, por Dictamen 255/19, de 13 de junio, consideró necesaria la retroacción del procedimiento para que tanto el Servicio de Hematología del HUDO como la Inspección Sanitaria informasen sobre la posible existencia de signos de infección respiratoria cuando el paciente se encontraba en el HUDO pero no se tomó la decisión de ingresarlo.

El 28 de junio de 2019 emitió un informe el Servicio de Hematología en el que se afirma:

“El paciente durante su estancia en el hospital de día (8/1/2016) permaneció en todo momento estable dentro de su situación terminal por la enfermedad de base. Motivo por el que se decidió dar de alta para volver a su hospital de referencia como se había pactado, con el mismo y sus familiares. En el momento del alta de hospital de día no presentaba signos de infección que requiriera ingreso y estaba estable.

Los enfermos con mielofibrosis y citopenias graves tienen riesgo de presentar infecciones fulminantes como pudo suceder en este caso y que en muy pocas horas progresen de forma muy agresiva sin ser posible predecir su evolución”.

El 9 de julio de 2019 emite informe la Inspección Sanitaria en el que se ratifica en su informe anterior al no desprenderse del informe de Hematología hechos nuevos que no hubiesen sido valorados previamente.

Concluye entendiendo que la asistencia fue adecuada puesto que el paciente, afectado de una mielofibromatosis primaria, fue excluido del ensayo clínico por presentar trombocitopenia severa y mal estado general. Al recibir el alta en el hospital de día tras recibir una transfusión se encontraba estable dentro de su situación terminal.

Entiende que: “*El fallecimiento por neumonía y su brusco desarrollo está relacionado con su enfermedad de base y es un riesgo de estos pacientes*”.

El 19 de agosto de 2019 se concede audiencia al reclamante. No consta la presentación de alegaciones.

Finamente, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 20 de noviembre de 2019, en la que propone al órgano competente para resolver, desestimar la reclamación al haberse actuado con arreglo a la *lex artis*.

CUARTO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 25 de noviembre de 2019, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 19 de diciembre de 2019.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró 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, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor

del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

SEGUNDA.- El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en cuanto hijo de la persona fallecida cuya muerte le ha generado un indudable daño moral.

Acredita el parentesco mediante fotocopias del Libro de Familia.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó por el HUDO que forma parte de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

En el caso sujeto a examen, el padre del reclamante falleció el 9 de enero de 2016 por lo que la reclamación, presentada el 6 de enero de 2017, está en plazo.

Respecto a la tramitación del procedimiento ha de estarse a lo establecido en la LPAC. En concreto, se solicitó el informe del servicio al que se imputa la producción del daño conforme el artículo 81 de la

LPAC, se admitió la prueba documental aportada por el reclamante y se evacuó el trámite de audiencia de acuerdo con el artículo 82 de la LPAC.

Igualmente se recabó el informe de la Inspección Sanitaria.

Tras el Dictamen 255/19 de esta Comisión se recabó nuevo informe del Servicio de Hematología y de la Inspección Sanitaria. Se concedió nuevo trámite de audiencia al reclamante que no formuló alegaciones.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en la actualidad tanto en la LPAC como en la LRJSP, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el artículo 32 de la LRJSP, es necesario que concurra:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño (así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)).

CUARTA.- El reclamante efectúa un relato de los hechos del que se deriva que considera que no se debió dar el alta a su padre sino que debía haberse procedido a su ingreso.

En las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial el criterio determinante es el cumplimiento o no de la *lex artis*, en cuanto buena práctica médica. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004) define este concepto indicando (FJ 4º), que: “*según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate.*”

La carga de la prueba de la vulneración de esa *lex artis* corresponde en principio a quien reclama el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial conforme lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si bien teniendo en cuenta lo dispuesto en ese precepto legal en cuanto a la facilidad probatoria. Así lo recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de diciembre de 2017 (recurso 39/2015).

Ahora bien, en un caso como el presente, esa facilidad probatoria recae, lógicamente, en la Administración sanitaria que dispone de mayores medios para explicar su actuación que los administrados. De otro lado, procede como viene recogiendo esta Comisión en dictámenes como el 503/19, de 22 de noviembre y el 116/19, de 21 de marzo, la

valoración conjunta de todos los elementos probatorios incorporados al expediente.

En este caso el reclamante no ha aportado prueba alguna más allá de cierta documentación médica a la que han de sumarse los informes del Servicio de Hematología en cuanto servicio supuestamente causante del daño y los de la Inspección Sanitaria.

Por ello, en estos casos, esta Comisión ha de estar fundamentalmente a tales informes y a la información esencial que aporta la historia clínica. Ahora bien, el que tales informes sean de especial relevancia y, singularmente el de la Inspección por su profesionalidad e independencia, tal y como hemos reconocido en múltiples dictámenes, no quiere decir que esta Comisión esté vinculada por sus opiniones, sino que ha de valorarlos con arreglo a la sana crítica en el marco, como decimos, de una valoración conjunta de la prueba.

Como indica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de marzo de 2017 (rec. 868/2013) en un supuesto en el que la Sala se aparta de la opinión de la Inspección Sanitaria y de los informes periciales evacuados en el procedimiento:

“Dado que en este proceso se han practicado varias pruebas periciales, se ha de añadir que las mismas expresan el juicio o convicción de los peritos con arreglo a los antecedentes de que disponen, por lo que no prevalecen sobre otros medios de prueba. Al no existir reglas generales preestablecidas para valorarlas, se ha de estar a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios, aunque es claro que su fuerza de convicción reside en gran medida en la cualificación técnica de los peritos, y en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes, y en la fundamentación y coherencia interna de sus informes o dictámenes.

Como en el expediente administrativo también obra informe de la Inspección Sanitaria, añadiremos que el mismo se ha de ponderar como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba, y que su fuerza de convicción deriva de la circunstancia de que la Inspección informa con criterios de profesionalidad e imparcialidad, así como la objetividad, coherencia y motivación del informe”.

Pues bien, la cuestión a determinar es si la actuación del Servicio de Hematología al dar el alta al paciente para que volviera a su domicilio y al Hospital de El Ferrol donde estaba siendo tratado, se ajustó a la *lex artis* o si, por el contrario, ese alta fue precipitada lo que motivó que el paciente tuviera que ser trasladado unas pocas horas después a las Urgencias del HUDO donde se le diagnosticó una neumonía que condujo, unida a su patología de base, a su fallecimiento poco tiempo después.

Como es obvio esta Comisión, al igual que ocurre con los tribunales de justicia, carece de conocimientos médicos pero ello no supone sin más que deba aceptar los criterios de la Inspección, de los servicios sanitarios de la Administración o de los posibles informes periciales que se aporten al procedimiento, sino que es a partir de ellos de los que ha de formar su criterio en cuanto a qué hechos se han probado, cuáles no y quien debe soportar los efectos de la prueba o no de tales hechos.

Por tanto ha de analizarse si fue correcta la decisión del HUDO de no proceder al ingreso hospitalario del padre del reclamante que unas horas después tuvo que ingresar por Urgencias (1.44 horas) al padecer una neumonía falleciendo a las 11.30 horas de ese mismo día.

Si bien el Servicio de Hematología y la Inspección Sanitaria defienden la corrección de las decisiones adoptadas, no han clarificado

una serie de cuestiones que se apuntaban en nuestro Dictamen 255/19.

En concreto ha de destacarse que el padre del reclamante presentaba “*importante*” leucocitosis que, a priori, es un signo de la existencia de un proceso infeccioso sin que se haya aportado ninguna explicación en contrario, así como apnea (que impidió la realización de una prueba como la resonancia) y se le pautó un mucolítico para disminuir la viscosidad de las secreciones de las vías respiratorias.

Todos estos síntomas hacen sospechar la posible existencia de una infección que, en un paciente de estas características, cobra una especial gravedad. Sin embargo no se ha ofrecido una explicación satisfactoria en cuanto a la decisión de dar el alta a un paciente que presentaba tales síntomas a los que se sumaba un “*regular*” estado general (folio 30), astenia, equimosis espontáneas, hemorragia subconjuntival bilateral y edemas periféricos.

En estas circunstancias parece más acorde a una buena práctica médica proceder al ingreso del paciente para confirmar si padecía o no una infección respiratoria antes que remitirle a su hospital de origen situado a un largo viaje (más de 500 km) desde Madrid.

Esta creencia se ve reforzada por el hecho de que, cuando unas horas más tarde ingresa en Urgencias, se sospechase inmediatamente de una infección realizando las pruebas que permitieron diagnosticar una neumonía. Por muy rápida que sea la aparición de infecciones en este tipo de pacientes todos los datos apuntan a que en el momento del alta por el Servicio de Hematología ya existían elementos de juicio suficientes para sospechar de una infección y adoptar las medidas oportunas a tal efecto, entre ellas, claro está, su ingreso hospitalario.

Este criterio se ve reforzado por una afirmación contenida en el segundo informe del Servicio de Hematología cuando, sin ofrecer una

explicación convincente sobre su actuación, añade que se dio el alta *“para volver a su hospital de referencia (...) como se había pactado, con el mismo y sus familiares”*.

El artículo 20 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, vincula el alta a la finalización del proceso asistencial y la finalización de este proceso tiene que responder, bien a una decisión médica basada en criterios científicos o bien a la libre decisión del paciente (alta voluntaria) salvo en los casos específicos de ingresos forzosos previstos legalmente.

Lo que no es asumible es que, con carácter previo a la asistencia sanitaria, se *“pacte”* un alta haciendo abstracción de la situación del paciente y de sus derechos legalmente reconocidos a la obtención de la asistencia sanitaria con independencia de su lugar de residencia (Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

Todas estas circunstancias conducen a entender que la actuación sanitaria no se ajustó a la *lex artis* ya que no se debía haber concedido un alta a un paciente en un pésimo estado de salud con signos de infección y que tuvo que volver al hospital unas horas después trasladado por los servicios de emergencias sanitarias.

Esta actuación puede encuadrarse en un supuesto de pérdida de oportunidad ya que no sabemos si, de haberse procedido a su ingreso, la evolución hubiese sido muy diferente de la que, lamentablemente, condujo a su fallecimiento al día siguiente de los hechos.

Como recuerda la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012 (rec. 5185/2012), con cita de otras anteriores de 25 de junio de 2010 o de 23 septiembre de 2010: *“Esta*

privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad”... se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias”.

En este caso, si bien es cierto que la situación del padre del reclamante era de extrema gravedad, no es posible saber si un ingreso hospitalario al proporcionar un tratamiento precoz hubiera prolongado más tiempo su vida en lugar de fallecer unas horas después, de esta forma se ha causado al reclamante un daño moral que ha de ser indemnizado.

Para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 2019 (rec. 895/2017):

“La pérdida de oportunidad exige tomar en consideración dos elementos, a saber, el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo. Así, como se establece, por todas, en la STS de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación 2755/2010), "OCTAVO.- En la reciente sentencia de fecha 19 de octubre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 5893/2006, hemos afirmado que la llamada "pérdida de oportunidad" se caracteriza

por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”.

No obstante, la Sala madrileña añade que:

“La relevancia jurídica del cumplimiento parcial del principio médico de que cuanto antes se asista mejor no puede transformarse en un título de imputación omnicomprensivo del conjunto de daños producidos a consecuencia de la evolución de una enfermedad con alto grado de mortalidad. Se ha de tener presente cuál es el daño principal y su gravedad que, obviamente, puede quedar incrementada por el retraso. Debe limitarse la responsabilidad y la indemnización a este aspecto concreto, ya que éste y no otro es el daño añadido susceptible de indemnización por daño moral”.

En este caso, la imposibilidad de conocer cuál hubiera sido la evolución del paciente en caso de no haber sido dado de alta obliga a una valoración a tanto alzado que partiendo de las circunstancias concurrentes en el paciente relativas a: 1) El estado terminal de su patología basal para la cual ya no cabía tratamiento alguno; 2) el mal estado general que presentaba durante su permanencia en el HUDO; 3) las escasas horas en las que permaneció fuera del hospital hasta su ingreso en Urgencias y; 4) La rapidez con que ocurrió su fallecimiento.

Todas estas circunstancias obligan a entender que la pérdida de oportunidad fue muy escasa por lo que esta Comisión considera adecuada una indemnización de dos mil euros.

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación reconociendo una indemnización por importe de 2.000 euros.

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

Madrid, a 19 de diciembre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 551/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid