

Dictamen nº: **6/21**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **12.01.21**

DICTAMEN de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 12 de enero de 2021, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto sobre responsabilidad patrimonial promovido por D. (en adelante, “*el reclamante*” o “*el paciente*”) por los daños y perjuicios que se le han ocasionado, a partir del tratamiento del carcinoma basocelular infiltrado que le fue detectado en el mes de diciembre de 2014, en el Hospital Clínico San Carlos, de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El reclamante, mediante escrito presentado el 31 de julio de 2019, en el Registro General de la Subdelegación del Gobierno en Segovia, con entrada el mismo día en el Área de Responsabilidad Patrimonial del Servicio Madrileño de Salud, formula reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, en cuantía de 85.214,91 euros, más intereses legales, por la actuación de la administración sanitaria madrileña, en el diagnóstico y tratamiento del cáncer basocelular infiltrado que padecía.

Refiere que, en el mes de julio de 2011, había acudido a su médico de cabecera con lesiones cutáneas en el pliegue auricular izquierdo, para lo cual se le indicó un tratamiento con pomadas tópicas. Explica que las lesiones reaparecían cada poco tiempo y que permaneció así durante tres años aproximadamente, sin un análisis más profundo, hasta diciembre de 2014. Que durante todo ese periodo fue atendido por un facultativo sustituto, hasta que regresó la titular, en el mes de diciembre del año 2014, momento en que fue derivado a Dermatología “*porque ‘su ojo clínico’ le indicaba que aquello tenía pinta de ser canceroso*” (sic.), como de hecho resultó. Considera que durante ese periodo, probablemente empeoró la evolución de su dolencia, mediando tres años de retraso en el diagnóstico.

Continúa refiriendo que, en diciembre de 2014, cuando tenía 68 años, al analizar esa lesión de su oreja izquierda en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid, se le diagnosticó un cáncer basocelular infiltrante que determinó una primera intervención quirúrgica, indicándole entonces que no afectaba a los bordes de resección quirúrgicos. No obstante, tuvo que ser intervenido por segunda vez, el 5 de febrero de 2015, revelándose en esa ocasión un carcinoma epidermoide infiltrativo, aparentemente localizado.

En octubre de 2015 le extirparon otra lesión cutánea sospechosa, esta vez en el antebrazo derecho, aunque finalmente resultó no ser maligna.

Explica que el 22 de abril de 2016, una cuarta muestra de tejido identificó un área de carcinoma epidermoide y que, por tratarse de la tercera toma de tejido con muestra de tumoración, «*se planteó inmediatamente realizar una intervención quirúrgica más meticulosa, la “Intervencion de Mosh”, que se llevó a cabo el 27 de abril de 2016*». En el estudio histopatológico suscrito el 27 de abril de 2016, se afirma la “*presencia de un mínimo foco de carcinoma basocelular superficial, en*

contacto con uno de los márgenes de la resección, sin que se continuase extirpando más tejido”, pese a lo cual, señala que no le efectuó ningún “acto médico” de seguimiento o control, desde la práctica de la intervención de Mohs, el 27 de abril de 2016, hasta el 23 de enero de 2017.

Considera que, por ello se produjo una extensión tumoral severa que acabó precisando un tratamiento más radical y drástico, del que se han derivado importantísimas secuelas, amputándole la oreja y practicándole petrosectomía con vaciamiento y parotidectomía y cierre de colgajos locales, siendo el juicio diagnóstico de *“carcinoma epidermoide en el pabellón auricular izquierdo, con afectación ósea focal profunda”*.

Refiere que, durante la estancia hospitalaria se le detectó paresia del nervio facial derecho, desviación de la comisura labial, falta de oclusión palpebral y debilidad generalizada de la musculatura facial derecha.

Con posterioridad fue derivado para el seguimiento de la intervención, al Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Rey Juan Carlos de Móstoles.

Se complicó la cicatriz del injerto cutáneo, precisando de desbridamientos y curas especiales, con el subsiguiente retraso de la radioterapia prevista. Además, señala que desde la primera consulta el 22 de febrero de 2017, se sospechó de una recidiva tumoral y que, tras la práctica de un TAC y nueva valoración, se constató la infiltración hasta el hueso subyacente, motivando otra intervención el 25 de mayo de 2017, realizándosele una tarsorrafia auricular, con cierre completo del conducto auditivo izquierdo y práctica de un nuevo injerto cutáneo, siendo dado de alta el 1 de junio de 2017. Desde entonces mejoró y se estabilizó el injerto, hasta el 6 de septiembre de 2017.

Añade que, no obstante, en la fecha de la reclamación sigue en tratamiento y con revisiones médicas. Así, el 4 de marzo y el 8 de julio de 2019, tuvo citas en Dermatología y tiene próxima cita programada el 31 de julio de 2019, para valoración de la oculoplasia. Destaca en su escrito la revisión en Maxilofacial, del día 12 de julio de 2019, dónde se habría valorado abrir un poco más el párpado, para mejorar el ángulo de visión perdido.

El escrito de reclamación, desglosa la indemnización solicitada aplicando en la valoración de la sanidad el tiempo trascurrido hasta la estabilización de las lesiones y, en cuanto a las secuelas, los criterios recogidos de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en la siguiente forma:

Sanidad:

-12 días de perjuicio personal particular grave a razón de 75€ día.900 €.

-214 días de perjuicio personal moderado, a 52 el día.....11.128,00€.

Secuelas funcionales:

-Pérdida total o parcial de pabellón auditivo..... 4 puntos.

-Pérdida de agudeza auditiva..... 10 puntos.

-Limitación de movilidad de columna cervical derivada de patología ósea..... 5 puntos.

-Limitación de movilidad de Hombro. Abducción..... 9 puntos.

-Limitación de movilidad de Hombro. Flexión anterior.....3 puntos.

-Nervios craneales. VII. Paresia del nervio facial..... 5 puntos.

Total 37 puntos, que en función de la edad, valora en 52.517,22€.

Secuelas estéticas: Se asignan 20 puntos..... 20.669,69€.

El total de lo reclamado es de 85.214,91 euros, más intereses legales.

Junto con su reclamación se aporta diversa documentación médica, además de un informe pericial de valoración del daño corporal, suscrito por licenciado en Medicina y Cirugía General, que incluye un conjunto de fotografías descriptivas del proceso patológico del reclamante y determinadas valoraciones jurídicas sobre conceptos como el de los daños desproporcionados, el retraso diagnóstico y la pérdida de oportunidad.

SEGUNDO.- A la vista de los hechos consignados en la historia clínica del paciente, destacamos los siguientes datos de interés para la emisión del Dictamen:

El 26 de julio de 2011, el reclamante -con 65 años en ese momento- acudió a Atención Primaria, donde consta la apertura de un episodio de dermatitis, en zona retroauricular izquierda, sin signos de sobreinfección, por lo que se prescribió Lexxema 0.1% 30g pomada.

Hasta el 31 de octubre de 2014 no consta ningún otro apunte sobre el particular. Solicitándose entonces desde Atención Primaria interconsulta a la especialidad de Dermatología, con prioridad especial, por sospecha de carcinoma epidermoide en el pabellón

auricular, a la vista de una *“lesión dérmica en pliegue retro-auricular de 3 años de evolución, con costra que se cae y vuelve”*.

El 7 de noviembre de 2014, el paciente tenía programada cita en el Área de Dermatología del Centro de Especialidades correspondiente, a la que no asistió.

Sin embargo, el 21 de noviembre de 2014, sí acudió al Servicio de Dermatología del Hospital Clínico San Carlos -en adelante HCSC-. El informe recoge:

“1: Carcinoma basocelular de gran tamaño en zona retroauricular y cara posterior de pabellón auricular Izquierdo. Cito para extirpación. Firma consentimiento informado.

2: Verruga Vulgar de gran tamaño en antebrazo derecho. Se programa crioterapia.

3: Queratosis actínica en oreja derecha. Crioterapia”.

El 16 de diciembre de 2014, se realizó extirpación de la zona afectada al reclamante, recogiendo además toma de tejido para una biopsia de la zona retroauricular izquierda y el 19 de diciembre se le practicó una cura de la herida quirúrgica del pabellón auditivo izquierdo

El resultado de la anatomía patológica del estudio del tejido de la piel de la oreja izquierda, consta en informe de 23 de diciembre de 2014 y evidenció que se trataba de un carcinoma basocelular infiltrante, que no afectaba a los bordes de la resección quirúrgica.

El 14 de enero de 2015, en cita en su centro de salud se le recuerda comentar en la revisión programada en Dermatología, del 22 de enero, el tratamiento para las queratosis actínicas.

El 22 de enero, en la revisión de Dermatología, además de la revisión de la herida quirúrgica de la oreja izquierda, se le citó para la extirpación de la lesión actínica hipertrófica epidermoide en la oreja derecha, firmándose el correspondiente consentimiento informado y acudiendo ese día a Crioterapia. La extirpación de la lesión de la oreja derecha se produjo el 2 de febrero de 2015.

El informe de Anatomía Patológica de la muestra de piel de la oreja derecha, de fecha 5 de febrero de 2015, recoge: *“carcinoma epidermoide infiltrativo moderadamente diferenciado que no afecta bordes de resección quirúrgicos. No se evidencia angioinvasión, ni infiltración perineural”*.

El reclamante acudió a cita programada de Enfermería del HCUSC el 12 de febrero de 2015, recibiendo cuatro sesiones de crioterapia los días 2 de enero, 22 de febrero, y 26 de marzo de 2015.

El 5 de marzo de 2015, el reclamante tuvo cita de revisión en Dermatología, del HCUSC, que refleja:

“1.- Sin recidiva.

2.- Anatomía patológica de oreja derecha: Carcinoma epidermoide. Bordes libres.

3.- Queratosis actínicas en mejillas. Se indica crioterapia + en frente: se indica Zydene 1 aplicación en la noche x 15 días, descanso 15 días y nueva tanda de 15 días.

Se realiza tratamiento de Crioterapia en “Técnicas Especiales de Enfermería”.

El 26 de marzo de 2015, recibe tratamiento de crioterapia.

El día 17 de septiembre de 2015, el reclamante tuvo revisión en Dermatología, donde se constató que no se habían producido recidiva, ni en la oreja derecha ni en la izquierda. También se reflejó en el correspondiente informe clínico: “*Queratosis actínicas en orejas y canto externo ojo derecho, periauricular derecho y frente*”. Considerando los buenos resultados producidos en las anteriores sesiones de crioterapia, se decidió la aplicación de esa técnica en las lesiones evidenciadas, constando su efectiva aplicación.

El 9 de octubre de 2015 se le practicó la extirpación sospechosa de carcinoma basocelular en el antebrazo derecho, aunque en el informe de Anatomía Patológica subsiguiente- de fecha 21 de octubre, se informó que no tenía malignidad esa lesión: “*Mixoma de la vaina nerviosa. Bordes libres*”.

En revisión dermatológica en el centro de especialidades, de fecha 12 de noviembre de 2015, se anota el resultado del estudio histológico de la lesión del brazo. Se anota también la correspondiente revisión, en 12 meses, de las patologías de los pabellones auriculares izquierdo y derecho.

El 28 de enero de 2016 el paciente tuvo revisión en el centro de especialidades.

El día 22 de abril de 2016, se practicó al reclamante una extirpación micrográfica tipo Mohs de oreja izquierda, lo que implica: solución química + extirpación + cierre del defecto con injerto preauricular. El informe intraoperatorio de Anatomía Patológica de la piel de la oreja izquierda, descartó una neoplasia maligna, confirmado por anatomía patológica del 27 de abril, aunque allí se determinó que los bordes de la herida no eran valorables.

Se practicaron al reclamante curas de Enfermería, en el Área de Dermatología en el HCUSC, los días 26 y 29 de abril, así como los días 3, 6 y 10 de mayo de 2016.

El 23 de mayo vuelve a practicársele revisión en el Centro de Especialidades, donde se valora el informe de Anatomía Patológica de la piel de la oreja izquierda, estableciéndose como conclusión: *“carcinoma epidermoide infiltrante moderadamente diferenciado no angioinvasivo que no contacta con márgenes de resección. No se evidencia de infiltración perineural y consta un mínimo foco de carcinoma basocelular superficial, en contacto con un margen de resección. Se indica revisión en 3-4 meses”*.

El reclamante acude sin cita al Área de Dermatología del HCUSC, el día 30 de septiembre de 2016, por encontrarse la herida quirúrgica infectada. Se hace precisa la realización de desbridamientos y curas especiales, firmándose al efecto el correspondiente consentimiento informado para extirpación y reconstrucción.

El 20 de octubre acude nuevamente al centro de especialidades por recidiva de la lesión del pabellón auricular, debiéndosele practicar una nueva extirpación, con toma de tres muestras de diferentes zonas de la oreja izquierda, el día 17 de enero de 2017. Observándose una recidiva tumoral, en consulta del 6 de febrero se decide practicar una nueva cirugía de Mohs en la oreja izquierda.

A partir de ese momento, no constan más citas ni anotaciones posteriores de seguimiento en el HCUSC, ya que el reclamante decide recabar una segunda opinión en el Hospital Universitario Rey Juan Carlos de Móstoles -en adelante HURJC- sobre la lesión del pabellón auricular izquierdo, que ya tenía 5 años de evolución y había sido tratada quirúrgicamente en 3 ocasiones.

Así las cosas, el reclamante acude a Dermatología y a Cirugía Maxilofacial del HURJC, el 22 de febrero de 2017. Comentado su caso en el Comité de Tumores Cutáneos se decide practicar la resección de 2/3 superiores auriculares + colgajo en rotación, quedando pendiente de resonancia magnética para valorar el tratamiento de las estructuras vecinas, así como la concreta técnica quirúrgica a utilizar y la posible radioterapia posterior. El paciente firma consentimiento informado y se le incluye en lista de espera.

El 8 de marzo, a la vista de la resonancia magnética se amplía estadio tumoral, así como el alcance de la técnica quirúrgica programada. El 22 de marzo de 2017, se realiza la intervención, practicándose la amputación auricular izquierda, petrosectomía, parotidectomía superficial izquierda, vaciamiento de nivel I y II a/b izquierdos, así como colgajo local posterior cervical de cierre, con injerto graso de abdomen.

El 30 de marzo de 2017 el paciente acude a revisión, donde en un primer momento se observa buen aspecto de la herida quirúrgica, aunque consta paresia facial izquierda. El 12 de abril, se decide en el Comité de Tumores la aplicación de radioterapia.

En las siguientes citas para las curas, no se aprecia una evolución favorable de la herida. Así, el 17 de abril se evidencia escara y dos días después, la herida supura al retirar la escara. El 21 de abril se retira tejido necrótico y esfacelos y el día 25, se practica nueva cura, decidiéndose suspender la radioterapia.

Tratada con colágeno, en revisión del día 3 de mayo se observa evidente mejoría y el 19 de mayo, se plantea una nueva reconstrucción de la herida. El 25 de mayo se materializa la correspondiente intervención y en revisión del 6 de junio se observa la evolución favorable del colgajo, retirándose la mitad de las grapas. El día 15 se retiran el resto de grapas y el día 20 de junio 3/4 de puntos. En

revisiones posteriores de fechas 6 de septiembre y 17 de noviembre de 2017 y de 5 de abril de 2018, se consolida la recuperación de la herida, practicándose al paciente resonancia magnética de cuello, que arroja datos relativos al ganglio submandibular izquierdo, probablemente reactivo, aunque pendiente de valorar en posteriores revisiones.

Pese a que desde entonces las lesiones de ambas orejas se mantienen estabilizadas, el reclamante ha venido estando sujeto a constantes revisiones. Así, por ejemplo, ha sido intervenido de diversas lesiones queratósicas actínicas en la frente y en la sien izquierda. Consta el diagnóstico de carcinoma basocelular en la sien izquierda y el 30 de mayo de 2018 se decide su extirpación con margen clínico y sutura directa en el Servicio de Dermatología del HURJC, según se refleja en los folios 470-471 del expediente.

En el mes de mayo de 2019, se le practicó crioterapia en nuevas lesiones de la frente, previéndose su revisión en 6 meses.

Se documentan posteriores revisiones en Dermatología, los días 8 y 12 de julio de 2019, para seguimiento y control de las patologías del reclamante, apreciándose nuevas queratosis actínicas en frente y sienes. El 12 de julio, se efectúa interconsulta con Oftalmología para valorar si procedería reabrir la tarsorrafia y así mejorar el ángulo de visión perdido. Se decide y programa la intervención, en consulta de 31 de julio de 2019 (folio 672) y se materializa el 19 de agosto de 2019, mediante técnica de cirugía mayor ambulatoria, según consta en los folios 476-483 del expediente.

Finalmente, consta exploración radiológica de fecha 26 de agosto de 2019, ante secreciones de los senos maxilares. En el correspondiente informe clínico, se valora la comparativa de dos resonancias magnéticas de cuello -la practicada en ese momento y la

anterior de 5 de abril de 2018-, observando cambios postquirúrgicos y alteración en el ganglio de la región submandibular izquierda (folio 495).

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) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (título preliminar, capítulo IV) (en adelante LRJSP).

Se incorporó al expediente la historia clínica del reclamante, recabada de los distintos centros hospitalarios donde ha sido asistido (el Hospital Clínico San Carlos y el Hospital U. Rey Juan Carlos), los consentimientos informados para las distintas intervenciones y técnicas invasivas practicadas al reclamante y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, el informe del jefe de Servicio de Dermatología del HCSC, de 9 de septiembre de 2019. También consta nota del Gerente del Hospital U. Rey Juan Carlos, de fecha 27 de agosto de 2019, acompañando la historia clínica del paciente en ese hospital, aunque los tratamientos recibidos en el mismo no sean objeto de reproche.

El informe del Servicio de Dermatología del HCSC, efectúa un repaso de la asistencia al paciente en el referido hospital y, en referencia a la reclamación que ahora se analiza, concluyendo que las actuaciones médicas que se le practicaron, fueron acordes a la *lex artis* por cuanto resultaban ajustadas a la sintomatología que presentaba el paciente en cada momento y al criterio médico vigente.

Así se indica que el paciente acudió una única vez a su médico de cabecera, en el año 2011, con una lesión que impresionaba de eczema, y recibió el tratamiento de una pomada acorde a su clínica.

La siguiente vez que acudió a consulta en Atención Primaria, ya en octubre de 2014, al existir sospecha de lesión tumoral en su oreja derecha, fue derivado al especialista, comenzando a ser tratado en el referido centro hospitalario. Se llevó a cabo la biopsia y exéresis de la lesión, indicándose en el estudio histológico que no se trataba de un carcinoma. En seguimiento de consulta dermatológica en el 2015, se detectó también al paciente otra lesión tumoral en su oreja derecha y tras estudio de su anatomía patológica, se informa en el estudio histológico como un tumor que no invade bordes. Desde octubre de 2014, momento en el que se han ido sucediendo los principales hitos evolutivos de sus patologías, el paciente ha recibido asistencia médica ininterrumpidamente, practicándosele las técnicas diagnósticas pertinentes en cada momento y los tratamientos que demandaban los resultados obtenidos, sin observarse demora alguna

Asimismo, se ha incorporado al procedimiento el informe de 30 de diciembre de 2019 de la Inspección Sanitaria, que también establece que la asistencia sanitaria dispensada fue conforme a la *lex artis ad hoc*.

Tras la incorporación al procedimiento de todo ello, el día 2 de octubre de 2020 se efectuó la correspondiente notificación domiciliaria del trámite de audiencia al reclamante, que hizo uso del mismo mediante escrito de 15 de octubre, en el que considera que del conjunto del expediente se desprende la evidencia de que en los tratamientos que se le dispensaron ha mediado un retraso diagnóstico y de tratamiento, especialmente en cuanto a la detección del tumor y que ello le ha generado una pérdida de oportunidad, respecto de las perspectivas de recuperación de su patología y/o un peor pronóstico. Además, corrige las citas legales en que fundamenta su reclamación, refiriéndose a los correspondientes preceptos de la LRJSP y de la LPAC.

Junto con su escrito aporta diversa documentación médica que evidencia que sigue recibiendo tratamientos y revisiones por causa de la extensión tumoral del inicial carcinoma basocelular infiltrado que padeció, que considera que fue tardíamente diagnosticado y tratado.

Finalmente, el día 12 de noviembre de 2020, se ha redactado la oportuna propuesta de resolución, proponiendo desestimar la reclamación y considera adecuada a la *lex artis* la atención sanitaria dispensada.

CUARTO.- El consejero de Sanidad mediante oficio que tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 27 de noviembre de 2020, formula preceptiva consulta.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada en la reunión del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 12 de enero de 2021.

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 26 de diciembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y tramitarse 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 (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, está regulada en la LPAC.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el 32 de la LRJSP, al ser la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por ser la titular de los servicios a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

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 LPAC*).

El precepto legal acoge así un criterio objetivo vinculado a la aparición de las secuelas aplicando la teoría de la *actio nata*, a la que también apela con el mismo objeto la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras muchas ocasiones, en la sentencia de 22 de febrero de 2012, recurso de casación 608/2010, en que el Alto Tribunal recuerda que *“la fecha inicial para contar el plazo de prescripción del artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, tratándose de daños físicos o psíquicos en las personas, es la de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud”*.

En el presente caso, la reclamación ha sido interpuesta el 31 de julio de 2019, y el propio reclamante en el informe médico legal sobre cuantificación de la reclamación que aporta, señala que la estabilización de su patología, con secuelas, se produjo el 6 de septiembre de 2017. Considerando ese dato podría entenderse que la reclamación estaría prescrita, ya que la misma se interpuso casi dos años después de ese momento.

No obstante lo indicado, lo cierto es que de la documentación médica que recoge la historia clínica, resulta la evidencia de que el proceso tumoral por cuya extensión se reclama continúa siendo tratado en la actualidad, sin que se haya interrumpido su seguimiento en ningún momento, desde que fue inicialmente detectado, en el año 2014. Así pues, constan recidivas tumorales y diversos tratamientos curativos y/o tendentes a mejorar las secuelas funcionales derivadas de las distintas intervenciones efectuadas, incluso posteriores a la fecha de la reclamación. A la vista de esta circunstancia, consideramos que la misma se encuentra interpuesta en plazo legal.

Por lo demás, no se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. En este sentido debemos indicar que, se ha incorporado al expediente la historia clínica de los hospitales en los que el reclamante recibió asistencia y los consentimientos informados de las cuatro intervenciones y diversas técnicas invasivas practicadas al reclamante y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, consta el informe del jefe del servicio que mayor intervención ha tenido en las actuaciones médicas por las que se reclama, a saber: el Servicio de Dermatología del Hospital Clínico San Carlos de Madrid, que avala las decisiones tomadas en cada momento y considera la praxis médica adecuada.

También consta que el instructor del procedimiento solicitó el informe de la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia al reclamante, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC, que ha hecho uso de él y, finalmente, se dictó la propuesta de resolución según lo exigido en el artículo 91 de la LPAC

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.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra 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”*, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC que dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 LRJ-PAC:

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 cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 *“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 el ámbito sanitario, 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. Se trata, por tanto, de una obligación de medios y no de resultado, que a todas luces resultaría imposible garantizar.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 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”*.

Todo lo anterior resulta relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, sino que únicamente debe responder de aquéllos que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar y sean causados por infracción de la llamada *lex artis*.

QUINTA.- En el caso que nos ocupa, el reclamante considera que la asistencia que recibió resultó inadecuada y, según desarrolla mediante una argumentación bastante confusa, contenida en su escrito de reclamación inicial, en el informe médico pericial de valoración del daño corporal que aportó -folios 12 al 44 del expediente- y en sus alegaciones finales, reprocha un retraso en el diagnóstico y tratamiento de su patología tumoral que, a su criterio, determinó un empeoramiento de sus expectativas y, por ende, una pérdida de oportunidad.

En concreto, señala que hubo dos momentos relevantes en ese retraso: el de la detección inicial del tumor, en la que afirma que “...se perdieron tres años y se retrasó el diagnóstico mucho tiempo y quizá ese retraso ha empeorado la evolución de esas dolencias” (sic.) y también entre las fechas del 27 de abril de 2016 y el 23 de enero de 2017: «El 27/04/2016, en diagnóstico histopatológico firmado por el Dr., se afirma la presencia de un mínimo foco de carcinoma basocelular superficial en contacto con uno de los márgenes de la resección, sin que se continuase extirpando más tejido. A pesar de esta afirmación, ya no vuelve a aparecer referencia análisis de nuevas muestras procedentes de ningún “acto médico” hasta el 23 de enero de 2017, esto es, nueve meses después».

Adicionalmente considera que la falta de atención médica que afirma que se produjo, entre las fechas del 27 de abril de 2016 y el 23 de enero de 2017, permiten aplicar la doctrina del daño desproporcionado, según la cual sería la administración sanitaria madrileña quien debería probar la corrección de su actuar.

En relación con lo últimamente indicado, no cabe obviar que en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es a la parte reclamante a la que incumbe, como regla general, la carga de la prueba. Así lo entendió también el Tribunal

Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia de 17 de septiembre, al matizar que *“corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama”* y en la Sentencia de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este caso, según se ha dicho, el reclamante ha aportado un informe de valoración del daño corporal, junto con su escrito de reclamación inicial que, según se indica su encabezamiento, suscribe un licenciado en Medicina y Cirugía General, colegiado en el Colegio de Médicos de Segovia, experto universitario en ciencias forenses. Dicho informe además de referirse a las cuestiones propias de la valoración de los daños reclamados, argumenta los supuestos retrasos de diagnóstico y tratamiento por los que se reclama, incluye una serie de consideraciones médico legales, sobre la relación de causalidad y la imputabilidad y, adiciona la copia de un artículo doctrinal sobre la cirugía de Mosh.

Por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente y en particular el de la Inspección Sanitaria rechazan que en este caso se haya producido el retraso de diagnóstico denunciado, ni ninguna otra omisión de tratamiento.

Ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013)

manifiesta que *“las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado (...)”* y *“no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...)”*. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2017 (rec. núm. 395/2014) añade que, para el caso de que existan informes periciales con conclusiones contradictorias, *“es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen”*. Según lo indicado, deberemos analizar la solvencia y fundamentación de las valoraciones técnico-médicas incorporadas al expediente (: la del perito de parte y la de la Inspección sanitaria); ya que son parcialmente contradictorias.

En el caso que ahora nos ocupa, los reproches efectuados a la atención dispensada decaen a partir del simple repaso de los datos asistenciales, que se documentan en la historia clínica. Así pues, resulta la evidencia de que entre el 2011 y el 2014, no mediaron más consultas del reclamante que la que determinó la prescripción de una

pomada, para tratar lo que parecía una dermatitis. Además, también consta que, solicitada -el 31 de octubre de 2014- desde Atención Primaria interconsulta a la especialidad de Dermatología, con prioridad especial, por sospecha de carcinoma epidermoide en el pabellón auricular, se programó cita en el Área de Dermatología del Centro de Especialidades correspondiente, el día 7 de noviembre de 2014 y el paciente no acudió.

Tampoco se ajusta a la realidad la afirmación de que entre el 27 de abril del 2016 y el 23 de enero de 2017, el reclamante no recibiera revisiones y/o asistencias. En ese periodo constan curas de enfermería, en el Área de Dermatología en el HCUSC, los días 26 y 29 de abril y los días 3, 6 y 10 de mayo de 2016, revisión en el Centro de Especialidades, el día 23 de mayo y atención del reclamante sin cita, en el Área de Dermatología del HCUSC el día 30 de septiembre de 2016, por encontrarse la herida quirúrgica infectada, precisándose de desbridamientos y curas especiales. El 20 de octubre acudió nuevamente el paciente al Centro de Especialidades por reaparición de la lesión del pabellón auricular, debiéndosele practicar una nueva extirpación el día 17 de enero de 2017, con toma de tres muestras de diferentes zonas de la oreja izquierda. Finalmente, observándose una recidiva tumoral, en consulta del 6 de febrero se decide practicar una nueva Cirugía de Mohs en la oreja izquierda. Los tratamientos posteriores se efectuaron en el HURJC de Móstoles.

Así las cosas, los pretendidos retrasos diagnósticos y/o de tratamiento no fueron tal.

Es reiterada la doctrina de esta Comisión que reconoce el especial valor de la opinión de la Inspección Sanitaria, tal y como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 16 de marzo de 2017 (recurso 155/2014): *“Ha de tenerse en cuenta que, si bien tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el resto de los que*

obran en el expediente administrativo no constituyen prueba pericial en sentido propiamente dicho, sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del Médico Inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.

En el caso que ahora nos ocupa, el cumplido informe de la Inspección- en lógica coherencia con las explicaciones contenidas en el del jefe de Servicio del Dermatología del HCUSC, analiza detenidamente la patología que sufría el afectado, la clínica que presentaba, las pruebas conducentes a su adecuado diagnóstico y, sus complicaciones y tratamiento y afirma con solvencia que, según la bibliografía especializada, las recidivas tumorales, suceden aun cuando las resecciones sean libres de tumor en los bordes y, en este caso, cuando se produjeron, fueron específica y adecuadamente diagnósticas y tratadas.

En definitiva, la indicación de las técnicas diagnósticas pertinentes en cada momento y los tratamientos recibidos, se realizaron de acuerdo a la evolución y presentación, y sin contradicción a lo descrito en la literatura especializada, por lo que no habiéndose demostrado una mala praxis, ni nexo causal en sentido jurídico entre la actuación facultativa y el daño reclamado, no puede declararse por este motivo la responsabilidad de la administración sanitaria madrileña, al no concurrir los preceptivos requisitos antes citados.

Como ya indicamos, entre otros, en los dictámenes 171/19, de 22 de abril y 87/20, de 27 de febrero, es evidente que el diagnóstico clínico se realiza en función de los síntomas que presenta el paciente y

que permiten al facultativo decidir la realización de pruebas diagnósticas que, a su vez, perfilan el diagnóstico final. En este sentido, como destacan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2018 (rec. 75/2017) y de 31 de enero de 2019 (rec. 815/2016): *“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 a 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”.*

A la vista de todo lo expuesto, se hace patente que la dinámica asistencial que tuvo lugar en cada momento fue la correcta, por lo que no se constata que se haya privado al paciente de los medios o procedimientos diagnósticos adecuados, en ninguna de las asistencias que recibió, reputándose todas ellas adecuadas a la *lex artis ad hoc* y, por tanto, descartando la pérdida de oportunidad que se invoca de contrario.

Además, según ya se indicó, la complicada evolución de la patología del paciente y la aparición de sucesivas recidivas tumorales, a tenor de los informes médicos que obran en el expediente, constituyen un riesgo posible en este tipo de patologías y no prejuzgan la corrección de las intervenciones, produciéndose en función de las características particulares de los pacientes.

Queda por analizar el “daño desproporcionado”, que el reclamante considera producido, con la intención de invertir la carga de la prueba.

Por lo que se refiere a la doctrina del daño desproporcionado, hemos señalado reiteradamente que únicamente no es posible su aplicación cuando el resultado se presenta como una opción posible (STS de 2 de enero de 2012, RC 6710/2010), cuando dicho resultado constituye un riesgo propio de la intervención médica en un porcentaje considerable (STS 9 de marzo de 2011, RC 1773/2009), y cuando existe actividad probatoria que llega a convencer al órgano judicial respecto a cómo se ha producido tal resultado (STS de 2 de noviembre de 2012, RC 772/2012).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), recoge un resumen de la teoría del daño desproporcionado señalando lo siguiente: «*El daño desproporcionado tiene lugar en los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en*

relación con los riesgos que comporta la intervención, en conexión con los padecimientos que se tratan de atender. Como se declara en la sentencia de 6 de abril de 2015 (RJ 2015, 1508) (recurso 1508/2013), La doctrina del daño desproporcionado o “resultado clamoroso” se aplica cuando tal resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, es inesperado e inexplicado por la demandada, pero es inasumible -por su desproporción- ante lo esperable de la intervención. Esto integra su antijuridicidad, cerrándose el paso a la posibilidad de pretextar un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado. De esta manera no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución». En esos casos se ha dicho que la Administración sanitaria está obligada a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2012, recurso de casación 1077/2011), porque aquella doctrina hace responder a la Administración cuando se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, salvo que acredite que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación (STS de 19 de septiembre de 2012, RC 8/2010).

En el caso analizado, la probabilidad de la reaparición del tumor existía desde el principio y, sobre esa circunstancia fue oportunamente informado el paciente en diversas ocasiones y, especialmente, en todas las intervenciones a que resultó sometido, por lo que debe también rechazarse este reproche.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación presentada al no haberse acreditado infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria dispensada al reclamante.

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 12 de enero de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 6/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid