

Dictamen nº: **123/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **08.03.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 8 de marzo de 2022, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. y D. por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su esposo y padre, D., que atribuyen al retraso de diagnóstico de un cáncer de páncreas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de julio de 2020 las personas citadas en el encabezamiento, asistidas por una abogada, presentan en el Servicio Madrileño de Salud una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicitan una indemnización por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su familiar como consecuencia de un cáncer de páncreas, que consideran fue tardíamente diagnosticado de forma tal que le privó de posibilidades de recibir un tratamiento capaz de salvar su vida o al menos alargarla.

En el escrito se relata que el 9 de enero de 2019 su familiar acudió a la consulta de su médico de Atención Primaria en el Centro

de Salud Numancia, aquejado de pérdidas de memoria, fuerte dolor en la espalda, subidas de tensión y gran pérdida de peso. Se solicitó una analítica completa que arrojó resultados normales, salvo por una velocidad de sedimentación excesivamente alta que entienden puede ser síntoma de cáncer. Destacan además que se requirió una radiografía de columna dorsal que se efectuó el día 11 de enero de 2019 con el resultado de pequeña imagen de alta densidad aparentemente en lateral de cuerpo vertebral en dorsal 10, *“debiendo considerarse entre las posibles causas el islote óseo, recomendándose valorar en contexto clínico”*. Entiende que no se le dio importancia, recetándole medicación para paliar el dolor.

Continúan relatando que su familiar siguió perdiendo peso y sufrió un incremento del dolor por lo que el 16 de enero de 2019 acudió a su médico de Atención Primaria que le recomendó acudir al Servicio de Urgencias y que le realizasen una ecografía. El día 1 de febrero de 2019 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón donde fue citado en el Servicio de Diagnóstico Rápido para filiar la lesión ósea. El 28 de febrero de 2019 se realizó una ecografía de partes blandas con el resultado de no hallarse *“evidencia de alteraciones significativas en tejidos blandos accesibles en la región revisada”*.

Los reclamantes relatan nuevas asistencias de su familiar: el 5 de marzo de 2019, al Servicio de Neurología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, donde se indicó completar el estudio por el Servicio de Medicina Interna; el 9 de marzo de 2019 al Servicio de Urgencias; el 11 de marzo de 2019 cuando se realizó un escáner con contraste y el 29 de marzo siguiente, cuando fue valorado por el Servicio de Medicina Interna, diagnosticándose *“lesión ósea en cuerpo vertebral D10 sin datos de neoplasia en relación con espondiloartrosis dorsalgia mecánica”*. Denuncian que a pesar de que ya existían indicios de que el paciente podía tener cáncer, no sólo no se le

examinó adecuadamente, sino que se le indicó que tenía “*neurosis por ansiedad*”.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, los interesados explican que su familiar fue valorado por un traumatólogo el 1 de abril de 2019, analizando los datos del TAC y el escáner y remitiendo al paciente a Psiquiatría. Refieren que, de nuevo aquejado por fuertes dolores en la espalda y el abdomen (en todo el espacio que ocuparía un cinturón ancho) y con mayor pérdida de peso, regresó al Servicio de Urgencias el día 28 de abril de 2019, donde se diagnosticó una “*probable colelitiasis*”, remitiéndolo de nuevo al Servicio de Radiología para que le realizasen una ecografía abdominal con cita para el día 8 de mayo.

El escrito de reclamación relata que el día 3 de mayo de 2019 su familiar tuvo que regresar a Urgencias, porque el dolor no remitía y ya había perdido 8 kg en 5 meses. Subrayan que, al fin, se decidió adelantar la ecografía abdominal encontrándose un “*proceso neoformativo primario localmente avanzado en el cuerpo pancreático con afectación metastásica hepática diseminada*”, es decir, según explican, un tumor canceroso (adenocarcinoma) detrás del páncreas y metástasis en el hígado. Según el relato de la reclamación, el familiar de las reclamantes quedó ingresado para la realización de pruebas adicionales como una biopsia hepática, recibiendo el alta hospitalaria el 10 de mayo, con remisión a Oncología Médica para recibir tratamiento de quimioterapia.

En virtud de lo expuesto, los reclamantes entienden que su familiar fue diagnosticado de cáncer tardíamente en mayo de 2019, a pesar de haber iniciado sus consultas médicas cinco meses antes.

En virtud de lo expuesto, reprochan que hubo un error de diagnóstico y, en consecuencia, una pérdida de oportunidad pues era

tarde para tratar de extirpar el tumor o para administrar radioterapia con haz externo. Por el contrario, solo le pudieron administrar quimioterapia con la advertencia de que le quedaban pocos meses de vida.

Por lo expuesto solicitan una indemnización de 106.803 euros, que dicen calculada con arreglo al baremo 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.

El escrito de reclamación se acompaña con diversa documentación médica, copia del libro de familia de los interesados y del certificado de defunción del familiar de los reclamantes (folios 1 a 49 del expediente).

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

El familiar de los reclamantes, el 9 de enero de 2019, cuando contaba con 59 años de edad acudió a la consulta de su médico de Atención Primaria en el Centro de Salud Numancia por presentar artralgias generalizadas, alteraciones de la memoria y aumento de la tensión arterial. En la exploración física se aprecia apofisalgia D5-D6.

Se solicitó Rx de columna dorsal anteroposterior y lateral por dorsalgia crónica reagudizada y apofisalgia, realizada el 11 de enero de 2019 que se informó como: *“Discreta cifoescoliosis dorsal. Pequeña imagen de alta densidad aparentemente en la derecha del cuerpo vertebral de D10, debiendo considerarse entre las posibles causas el islote óseo, recomendándose valorar en contexto clínico. Cambios degenerativos de predominio en el segmento inferior”*.

También se realizó analítica con los datos en rango normal excepto la velocidad de sedimentación globular que estaba aumentada.

El 16 de enero de 2019, el familiar de los interesados acudió al centro de salud y el médico de Atención Primaria realizó interconsulta al Servicio de Traumatología con prioridad normal por un cuadro de dorsalgia y artrosis.

El 1 de febrero de 2019 el paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón por dorsalgia de un mes de evolución, localizada en hemitórax izquierdo, de perfil mecánico. A la exploración presenta dorsalgia de características mecánicas. Se analizan las pruebas realizadas y se concluye que el islote óseo no justifica la clínica de dorsalgia. Se decide derivar al familiar de los reclamantes a la Unidad de Diagnóstico Rápido para filiar lesión ósea en cuerpo vertebral D10 mediante RMN/gammagrafía y se ajusta la analgesia.

El 28 de febrero de 2019 se le realiza ecografía de partes blandas de las regiones dorsal y lumbar, sin evidencia de alteraciones significativas en tejidos blandos accesibles en la región revisada.

El 5 de marzo de 2019 el familiar de los reclamantes acude a consulta de Neurología por problemas de memoria de inicio brusco, junto con tensión arterial alta. Está en estudio por Medicina Interna. Se emite el juicio clínico de “*síntomas cognitivos de aspecto secundario a proceso sistémico*”. Se recomienda continuar el estudio por Medicina Interna (figura la anotación, “*¿feocromocitoma?*”), tratamiento con escitalopram y control por su médico de Atención Primaria.

Ese mismo día, 5 de marzo de 2019, se realiza TC de columna dorsal apreciándose lesión en tercio posterior del cuerpo vertebral de

T10 y otra lesión similar de menor tamaño en la costilla derecha sugiriendo ambas, islotes de osteocondensación sin mayor significado inicial. El resto del estudio muestra cambios de discopatía degenerativa.

El 9 de marzo de 2019 el familiar de los reclamantes acude al Servicio de Urgencias por lumbalgia con mal control del dolor. Refiere pérdida de peso (6 kg) en dos meses, así como abundante sudoración e intensa astenia, episodios intermitentes de dolor abdominal de predominio en el epigastrio, con gran distensión abdominal en las comidas. Se anota que se explica al paciente que ya está en estudio (Unidad de Diagnóstico Rápido y Traumatología) y que tiene que tomarse la medicación para el dolor (no la toma). Recibe el alta con el diagnóstico de dolor de espalda a estudio.

El 11 marzo de 2019 se le realiza gammagrafía ósea en la que se observa aumento de la actividad osteogénica por probable espondiloartrosis de la articulación L4-L5 a correlacionar con la clínica del paciente. Patología degenerativa de la columna dorsal con probable islote óseo en D10 sin actividad blástica.

El 29 de marzo de 2019 el Servicio de Medicina Interna pauta el alta con seguimiento por parte del médico de Atención Primaria. Se emite el juicio clínico de lesión ósea en cuerpo vertebral D10 sin datos de neoplasia en relación con espondiloartrosis, dorsalgia mecánica y neurosis de ansiedad.

El 28 abril de 2019 el familiar de los interesados acudió al Servicio de Urgencias por un cuadro de unos 10 días de evolución en hipocondrio derecho que empeora con la inspiración. Adicionalmente refiere sintomatología variada de meses de evolución con episodios intermitentes de dolor epigástrico, dolor abdominal generalizado con clínica dispéptica y molestias ocasionales en región hipogástrica. También refiere lumbalgias habituales que no son motivo de consulta

en ese momento. Se realiza Rx de tórax en la que no se objetivan alteraciones y se pauta analgesia con mejoría importante de la clínica. Con el diagnóstico probable de colelitiasis se solicita ecografía abdominal y valoración por parte del médico de Atención Primaria. Dada la estabilidad y la ausencia de signos de complicación, se decide alta y control ambulatorio.

El paciente volvió al Servicio de Urgencias el 3 de mayo de 2019 por dolor en hipocondrio derecho irradiado a epigastrio y en cinturón desde hacía más de un mes. Refiere pérdida de apetito y disminución de 8Kg en los últimos 6 meses. Se anota que había acudido a Urgencias el 28 de abril y que se había programado ecografía para el 8 de mayo. Se le solicita TC abdómino-pélvico con contraste apreciándose proceso neoformativo primario localmente avanzado en el cuerpo pancreático con afectación metastásica hepática diseminada. No se identifican lesiones óseas sugerentes de afectación metastásica. El familiar de los interesados quedó ingresado en el Servicio de Medicina Interna. El 8 de mayo de 2019 se realiza biopsia hepática siendo informada como *“infiltración neoplásica por carcinoma neuroendocrino (G3) con perfil IHQ compatible con un origen pancreático primario”*. Recibe el alta el 10 de mayo de 2019.

El caso del familiar de los interesados se presentó en el Comité de Tumores Neuroendocrinos de Origen Digestivo el 14 mayo proponiéndose tratamiento mediante quimioterapia.

La primera cita en el Servicio de Oncología se produjo el 17 de mayo de 2019, iniciándose tratamiento con carboplatino más etopósido que se mantuvo hasta octubre 2019. Durante el tratamiento se realizaron varios TAC que demostraron respuesta parcial a la enfermedad, el último con fecha 21 octubre de 2019.

El familiar de los interesados sufrió un empeoramiento por lo que precisó un nuevo ingreso. El 27 de noviembre de 2019 se realizó un TAC que mostró progresión tumoral. Se inició una segunda línea de tratamiento con quimioterapia durante el ingreso.

Se administró un segundo ciclo de Folfiri el 26 diciembre 2019 en el Hospital de Día de Oncología Médica. El 13 enero 2020 se realizó un nuevo TAC que demostró progresión tumoral.

El padre y esposo de los interesados falleció el 6 febrero 2020.

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 (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del familiar de los reclamantes del Hospital General Universitario Gregorio Marañón y del Centro de Salud Numancia.

Figura en el expediente el informe de 20 de agosto de 2020 de la Unidad de Diagnóstico Rápido en el que, tras expresar el sentimiento de tristeza por la enfermedad que presentó el paciente y su fatal desenlace, refiere la atención dispensada desde el 9 de febrero de 2019, cuando el familiar de los interesados fue remitido por dorsalgia mecánica de un mes de evolución y presencia de lesión ósea radiológica en vértebra D10. Refiere que, en esa consulta, se solicitó, tras historia clínica, exploración física detallada y valoración de pruebas complementarias previas un estudio de TAC/RM que sugería en el informe islotes de osteocondensación en T10 sin mayor significado y cambios de discopatía degenerativa. Además se solicitó y realizó gammagrafía ósea con informe de probable espondiloartrosis de articulación L4-L5 como patología degenerativa con islote óseo sin actividad blástica.

El informe explica que en aquel momento clínico no presentaba ningún dato sugerente de neoplasia digestiva (tan solo una pérdida de unos 3 kg de peso) con una analítica previa prácticamente normal. Además, fue valorado en días posteriores por otros especialistas, reflejándose en la historia clínica que su mujer pensaba que estaba deprimido y en la consulta de Neurología de 5 de marzo de 2019 solo se refirió ansiedad, alteraciones cognitivas y dorsalgia.

El informe destaca que fue en la atención recibida el 3 de mayo de 2019 en Urgencias, ya por un cuadro de dolor abdominal, deterioro general y con un cuadro de pérdida de peso ya significativa (8 kg) y tras la realización de un TAC abdominal, cuando se identificó una masa pancreática sospechosa y por ello se realizó ingreso y estudio con tratamiento oncológico infructuoso.

El informe de la Unidad de Diagnóstico Rápido señala que no consta que se identificaran lesiones óseas metastásicas, no pudiéndose poner en relación la alteración ósea descrita objeto de estudio y diagnosticada previamente con la neoplasia pancreática reconocida posteriormente y con lamentable desenlace.

Por último, expresa que el cuadro de la neoplasia de páncreas de este paciente, era prácticamente imposible de reconocer en febrero 2019 con la clínica referida cuando fue remitido a esa unidad para estudio de dolor dorsal con una lesión ósea, que considera no parece tener ninguna relación con la neoplasia posteriormente diagnosticada, que además es de muy difícil diagnóstico precoz. Añade que incluso habiéndose reconocido dos meses antes de forma casual, no se habría podido cambiar el curso fatal de la enfermedad.

Asimismo, se ha incorporado al procedimiento el informe de 21 de agosto de 2020 del jefe del Servicio de Urgencias en el que tras detallar la asistencia dispensada por dicho servicio señala que la

finalidad de su actuación es detectar situaciones urgentes, agudas de los procesos, y que en la valoración de estos en ocasiones se encuentran indicios de enfermedades más insidiosas como procesos tumorales, enfermedades degenerativas etc., que requieren un seguimiento y estudio en otros niveles asistenciales. En este caso, en la visita de 3 de mayo se detectaron datos de alarma, se procedió a analizarlos y se encontró la tumoración pancreática, que es un proceso muy insidioso y difícil de diagnosticar en estadios precoces. Destaca que en las visitas previas no se detectaron datos de alarma y se recomendó seguimiento en otros niveles asistenciales.

El 6 de octubre de 2020 se incorporó al expediente el informe del Servicio de Oncología Médica en el que se explica el tratamiento pautado al familiar de los reclamantes en relación con el tumor diagnosticado.

Asimismo, consta en el expediente el informe de 25 de noviembre de 2020 del médico de Atención Primaria del Centro de Salud Numancia en el que se dice que se trataba de un paciente “*poco frecuentador*”, que acudió en enero de 2019, con múltiples molestias, destacando problemas de memoria, dorsalgia y alteración de la tensión arterial. Se realizaron las pruebas complementarias de acuerdo a cada proceso clínico, con mala adherencia terapéutica y las derivaciones pertinentes, de acuerdo a los resultados. Dice que se corrobora, con los datos de asistencia en su historia clínica, que fue atendido de acuerdo a sus molestias principales, con valoraciones repetidas en la urgencia del hospital, con sintomatología variable y pruebas complementarias repetidas.

Obra en el procedimiento que el 14 de marzo de 2021 los reclamantes presentaron un escrito ampliando el importe de la indemnización solicitada a la cantidad de 191.907,66 euros.

Consta también en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria que, tras analizar la historia clínica del interesado y los informes emitidos en el curso del procedimiento, así como realizar las oportunas consideraciones médicas, concluyó que la asistencia sanitaria prestada al familiar de los reclamantes fue correcta conforme a la situación clínica que presentaba el paciente en todo momento. Destaca que, dada la ausencia de sintomatología digestiva y de datos analíticos que pudiesen dirigir hacia una patología digestiva era prácticamente imposible orientar el diagnóstico hacia ese origen. Subraya que fue en la consulta de 28 de abril de 2019, la primera vez que el paciente presentó sintomatología digestiva y también la primera vez que existía alteración de las enzimas que pudieran indicar patología digestiva. Explica que ese tipo de neoplasia es prácticamente imposible de diagnosticar en fases tempranas en un 50% de los casos. Además, considera que, si se hubiese llegado al diagnóstico, de forma incidental, tres meses antes el pronóstico y el desenlace hubiese sido el mismo.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a los interesados.

El 21 de octubre de 2021 los reclamantes formularon alegaciones en las que se reiteraron en los términos de su reclamación inicial y en la cuantía indemnizatoria solicitada en su escrito de 14 de marzo de 2021. Además, se opusieron al informe de la Inspección Sanitaria al considerarlo falto de parcialidad, pues sostuvieron que no es cierto que el paciente presentara por primera vez patología digestiva en la consulta de 28 de abril de 2019, pues, en su opinión, dicha patología ya aparecía en la atención en el Servicio de Urgencias de 9 de marzo de 2019.

Finalmente, el 28 de enero de 2022 se formuló propuesta de resolución en la que se desestima la reclamación de responsabilidad

patrimonial al considerar que no se ha acreditado infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria reprochada.

CUARTO.- El 3 de febrero de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente 54/22 a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 8 de marzo de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los

procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, al sufrir el daño moral causado por el fallecimiento de su familiar. Se ha acreditado debidamente en el procedimiento la relación de parentesco que liga a los reclamantes con el paciente fallecido mediante copia del libro de familia.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó por el Centro de Salud Numancia y el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, centros sanitarios que forman parte de la red asistencial pública de dicha comunidad autónoma.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, el *dies a quo* lo constituye la fecha de fallecimiento del familiar de los reclamantes, por lo que acontecido este el día 6 de febrero de 2020 debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada el 16 de julio de ese mismo año.

En cuanto al procedimiento, de acuerdo con el artículo 81 de la LPAC, se recabó el informe de los servicios implicados en el proceso asistencial del familiar de los interesados. También ha emitido informe la Inspección Sanitaria y se ha conferido el correspondiente

trámite de audiencia a los reclamantes. Finalmente, se ha redactado la propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

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 la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española y 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.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (núm. rec. 5006/2016), requiere la concurrencia de varios requisitos:

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

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

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

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 15 de marzo de 2018, RC 1016/2016) ha señalado que *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*.

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En este caso, ya hemos adelantado la existencia del daño moral de los reclamantes por el solo hecho del fallecimiento de su familiar, “*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-, entre otras) y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 -recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 –recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995- recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica.

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

En el presente caso, como hemos visto en los antecedentes, los interesados alegan un retraso en el diagnóstico y, consecuentemente, en el tratamiento del cáncer de páncreas que afectaba a su familiar, pues dicho diagnóstico no se alcanzó hasta el mes de mayo de 2019, a pesar de haber iniciado sus consultas médicas cinco meses antes. Inciden en que su familiar consultó por una patología digestiva al menos desde el 9 de marzo de 2019. Sostienen que se obviaron por completo las indicaciones del facultativo que advirtió, casi desde un inicio que podía tener cáncer. En virtud de lo expuesto, reprochan que su familiar sufrió una pérdida de oportunidad y se le privó de posibilidades de recibir un tratamiento capaz de salvar su vida o al menos alargarla.

En este caso, de acuerdo con las alegaciones efectuadas por los reclamantes, lo relevante a la hora de enjuiciar la responsabilidad patrimonial es si se produjo la omisión de medios denunciada, pues como hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, en la medicina curativa nos encontramos ante obligaciones de medios y no de resultado, de tal forma que se cumple la *lex artis* cuando se utilizan todos los medios (de diagnóstico, de tratamiento, etc.) de los que se dispone. También hemos dicho con frecuencia que esta obligación de medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta el paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología. En este sentido, con cita de la jurisprudencia, hemos recordado que lo que procede es un empleo de medios ordinarios y diligencia para cerciorarse de los diagnósticos que se sospechen, sin que se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior de los acontecimientos.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar los reproches de los interesados, partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017).

En este caso, los informes médicos que obran en el expediente coinciden en destacar la dificultad de diagnóstico de la patología que causó el fallecimiento del familiar de los reclamantes, así como en que se realizaron todas las pruebas diagnósticas encaminadas a filiar la clínica que presentó el paciente en cada momento. En este punto, la Inspección Sanitaria destaca que se le prestó asistencia en muy corto

periodo de tiempo, se le solicitaron cuantas pruebas complementarias fueron necesarias para un diagnóstico conforme la sintomatología que refería el paciente y, que las mismas se realizaron también en muy corto periodo de tiempo.

De la historia clínica examinada resulta que la asistencia sanitaria se inició el 9 de enero de 2019 cuando el familiar de los interesados acudió a la consulta de su médico de Atención Primaria. En ese momento la sintomatología que presentaba era dorsalgia, pérdida de memoria y aumento de la tensión arterial. Se solicitó radiografía y analítica, que se realizaron en los dos días siguientes, y en palabras de la Inspección Sanitaria, dichas pruebas “*no arrojaron ningún dato relacionado con un proceso neoplásico*”, lo que contradice la afirmación de los reclamantes de que la analítica realizada ya mostraba datos sintomáticos de cáncer.

Ante la persistencia del cuadro de dorsalgia, en el mes de febrero de 2019 el familiar de los interesados fue visto en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón. En ese momento se examinaron las pruebas ya realizadas y ante la lesión ósea en cuerpo vertebral D10 que se apreció en la Rx realizada, se derivó al paciente a la Unidad de Diagnóstico Rápido donde fue atendido 4 días más tarde, el 5 de febrero de 2019, solicitándose TAC de columna y gammagrafía ósea. La Inspección Sanitaria destaca que, en las pruebas realizadas en ese momento, de las que subraya la rapidez en su ejecución, se descartó la actividad blástica de la lesión ósea y que dichas pruebas, en contra del criterio manifestado por los interesados, estaban encaminadas a descartar que dicha lesión ósea tuviese un origen neoplásico.

Ahora bien, llama la atención que la Inspección Sanitaria omita en su informe cualquier referencia a la asistencia del familiar de los reclamantes al Servicio de Urgencias el día 9 de marzo de 2019 y señale en su informe que no es hasta el 28 de abril de 2019 cuando el

paciente manifestó una patología digestiva, pues lo cierto es que en la historia clínica consta, y así lo han puesto de manifiesto los interesados en el trámite de alegaciones, que el 9 de marzo de 2019 el familiar de los reclamantes acudió al Servicio de Urgencias del centro hospitalario por lumbalgia con mal control del dolor y en ese momento refirió pérdida de peso (6 kg) en dos meses, así como abundante sudoración e intensa astenia y episodios intermitentes de dolor abdominal de predominio en el epigastrio, con gran distensión abdominal en las comidas. Por su parte, el informe de la Unidad de Diagnóstico Rápido, si bien alude a esa asistencia al Servicio de Urgencias se limita a indicar simplemente que en esa consulta se alcanzó el diagnóstico de lumbalgia refractaria, sin mayor valoración o referencia a los síntomas digestivos manifestados por el paciente. Asimismo, el informe del Servicio de Urgencias del centro hospitalario se circunscribe a indicar que no se objetivaron datos clínicos de compromiso agudo, remitiendo al familiar de los interesados a otras unidades asistenciales.

En estas circunstancias, si bien es cierto que la atención en los servicios de Urgencias va dirigida a tratar patologías urgentes y podría ser razonable que no existiendo en ese momento datos de alarma, pues la exploración abdominal no arrojó resultados anormales, se derivara al familiar de los interesados a otras unidades asistenciales que estaban ya tratando al paciente, sin embargo, con el antecedente descrito, no encuentra explicación que el Servicio de Medicina Interna pautara el alta del paciente el 29 de marzo de 2019 sin la realización de otras pruebas o que cuando acudió de nuevo al Servicio de Urgencias el 28 de abril de 2019, con la clínica digestiva más agravada, no se realizara en dicha asistencia la ecografía abdominal sino que se programó para el 8 de mayo de 2019.

En el presente caso, la Inspección Sanitaria, cuyo criterio en este punto podría haber sido esencial, dada su imparcialidad y objetividad, obvia, como hemos dicho, cualquier referencia a la asistencia del 9 de marzo de 2019, de modo que, su informe, así como el de los servicios implicados omiten una explicación sobre los interrogantes planteados.

Por lo expuesto, esta Comisión Jurídica Asesora considera que no se ha producido una explicación razonable de lo sucedido a partir de la asistencia del día 9 de marzo de 2019, pues aunque, según resulta del expediente, la lesión ósea fue correctamente diagnosticada y la misma no guarda relación con el proceso neoplásico sufrido por el familiar de los reclamantes, lo cierto es que a partir de la citada fecha se constata la existencia de unos signos o síntomas de carácter digestivo y no existe explicación suficiente de por qué no se practicaron pruebas que habrían permitido realizar un diagnóstico diferencial con mayor premura.

Ello nos lleva a concluir que no se ha justificado que se pusieron a disposición del paciente los medios diagnósticos adecuados para filiar su patología con mayor prontitud.

En el caso sometido a nuestro dictamen consideramos que se ha producido una pérdida de oportunidad de haber sido correctamente diagnosticado el familiar de los reclamantes. Es cierto que según los informes médicos que obran en el procedimiento si el diagnóstico se hubiera producido con mayor premura no se habría evitado el fatal desenlace, ya que se trata de una patología de extrema gravedad y en estadio muy avanzado, pero dicha circunstancia nos permite modular la privación de expectativas sufrida pero no excluirla, pues lo cierto es que se privó al paciente de una prueba diagnóstica realizada con mayor diligencia y de un diagnóstico diferencial, que quizás habría permitido prolongar la vida del familiar de los reclamantes o mejorar

sus padecimientos con un tratamiento más temprano, lo que motiva la aparición de responsabilidad de la Administración al no haber puesto los medios a su alcance para evitar la pérdida de oportunidad de diagnóstico y tratamiento causando un daño que el paciente no tenía la obligación jurídica de soportar.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de noviembre de 2018 (recurso 703/2016), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos de pérdida de oportunidad *“el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera”* y añade *“constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, 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; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una falta de servicio”*.

QUINTA.- Procede emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

En este caso en el que valoramos una pérdida de oportunidad, hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, que normalmente resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo. Como señala el Tribunal Supremo (así Sentencia de 27 de enero de 2016),

en la pérdida de oportunidad hay *“una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”*.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, tiene señalado esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en nuestros dictámenes 146/17, de 6 de abril y 340/18, de 19 de julio, que el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

En este caso, cabe considerar que las mencionadas expectativas eran muy pequeñas, pues según ha informado la Inspección Sanitaria, se trataba de un tumor muy agresivo y de mal pronóstico. Si a lo dicho se suma que el retraso que hemos considerado que se puede imputar a la Administración, no es muy alto, pues apenas alcanza los dos meses, y que el tratamiento no habría diferido del que se aplicó, se considera adecuado reconocer una cantidad global y actualizada de 3.000 euros para la esposa del paciente fallecido y de 2.000 euros para el hijo.

El reconocimiento de una cantidad global aplicando el baremo de accidentes de tráfico con carácter meramente orientativo ha sido el criterio acogido por esta Comisión Jurídica Asesora en dictámenes anteriores (así el Dictamen 400/16, de 15 de septiembre; el Dictamen 131/18, de 15 de marzo y el Dictamen 136/18, de 22 de marzo, entre otros). En los mencionados dictámenes nos hicimos eco de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 306/2013) en la que en un caso de pérdida de

oportunidad rechaza la aplicación del baremo respecto al que destaca *“que según la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera...no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las circunstancias concurrentes”*. La sentencia opta por la valoración global del daño, acogiendo doctrina del Tribunal Supremo (así Sentencia de 17 de julio de 2014) en la que se dice que *«la Jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990 , derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988 , “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria»*.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer una indemnización global y actualizada de 3.000 euros para la esposa del paciente fallecido y de 2.000 euros para el hijo.

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 8 de marzo de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 123/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid