

Dictamen nº: **187/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **05.04.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de abril 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., D. y Dña., por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su madre, Dña., que atribuyen al retraso de diagnóstico de un adenocarcinoma gástrico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 6 de agosto de 2020 tuvo entrada en el registro de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid un escrito por el que las personas citadas en el encabezamiento formulan una reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de su madre acaecido el 9 de junio de 2019 que atribuyen a la deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Centro de Salud Gregorio Marañón, de Alcorcón, y en el Servicio de Digestivo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

En el escrito se relata que, en el año 1991, comenzaron las dolencias digestivas de su familiar y siempre acudió a su médico de

Atención Primaria, que tanto el citado año como en el año 2006, pautó la realización de ecografías, si bien consideran que deberían haber sido practicadas otras pruebas diagnósticas que podrían haber vislumbrado el inicio de la enfermedad mucho tiempo antes. Refieren que, en el año 2009, su madre continuaba con indigestiones, pero su médico de Atención Primaria le indicó *“que debía subir las patas de la cama y le recetó el medicamento domperidona en pastillas”*. Sostienen que, transcurridos seis años, en el año 2015, seguía con las digestiones dificultosas, a lo que se sumó que además padecía náuseas y vómitos, si bien el médico de Atención Primaria no le envió a realizar prueba alguna ni pautó otra medicación.

Los reclamantes continúan explicando que no fue hasta octubre de 2018, cuando le citaron para la realización de una endoscopia, y a pesar de que fue en ayunas, tenía el estómago lleno de comida, por lo que sostienen que su madre recibió una reprimenda innecesaria y falta de toda lógica. Añaden que no fue hasta el día 25 de febrero de 2019 cuando informaron a su familiar que tenía un tumor de 12,5 cm, y que estaban estudiando si extirparle el estómago, si bien sostienen que, antes de realizarle la endoscopia, el informe de una ecografía realizada el 6 de febrero de 2019, ya recogía *“hígado de ecoestructura y morfología conservada con al menos dos lesiones focales, siendo sugerentes de metástasis”*.

En virtud de lo expuesto, los reclamantes entienden que si se le hubieran realizado a su madre las pruebas pertinentes se hubiera evitado el fatídico y temprano fallecimiento, pues la enfermedad tratada a tiempo no habría tenido las consecuencias producidas, que consideran imputables única y exclusivamente a *“la inasistencia, inactividad y mal hacer de la Sanidad Pública Madrileña”*.

En prueba de sus afirmaciones aportan un informe pericial que recoge en sus conclusiones que *“existían numerosos síntomas y signos*

clínicos que deberían haber hecho pensar en la presencia de una enfermedad gástrica de relevancia” y sitúa en marzo de 2015 la presencia de anemia, de los trastornos de la movilidad gastrointestinal, de la dificultad para las digestiones y para tragar y de la pesadez tras las comidas, unidas a las náuseas y vómitos que en su opinión deberían haber hecho que se realizara una prueba concluyente para alcanzar un diagnóstico.

Por lo expuesto solicitan una indemnización de 20.696,73 euros para cada uno de los tres hijos de la fallecida, que tenían más de 30 años a la fecha de la muerte de su madre.

El escrito de reclamación se acompaña con el citado informe pericial, diversa documentación médica, copia del libro de familia de los interesados y del certificado de defunción de la madre de los reclamantes (folios 1 a 75 del expediente).

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

La madre de los reclamantes, presentaba como antecedentes, en Atención Primaria, hepatitis vírica detectada en 1990. En marzo de 1991, presentó un cuadro de pesadez postprandial, con sensación de reflujo gastroesofágico, eructos, regurgitación y dificultad para respirar, que presentaba desde hacía años, pero se había recrudecido. Se solicitó analítica, estudio esofagogastroduodenal (EED) y ecografía duodenal, que mostró un discreto aumento del tamaño del hígado, con una ecogenicidad homogénea y sin lesiones ocupantes de espacio. En mayo de 1993 se le realizó una ecografía hepatobiliar con resultados normales. En el año 1999 le fue diagnosticado un hipertiroidismo primario por probable enfermedad de Graves. En el año 2002 presentó anemia ferropénica. En octubre de 2006 fue derivada al Servicio de Hematología del Hospital Fundación Alcorcón para valoración,

apreciándose *“anemia microcítica hipocroma ferropénica leve en resolución en tratamiento con hierro oral”*.

En noviembre de 2006 se le realizó una ecografía de abdomen superior con resultados normales y en la analítica realizada el 27 de marzo de 2008 los valores del hierro en sangre y de la serie roja del hemograma se habían normalizado. En el año 2009 se le detectó un mioma uterino. Se realizaron nuevas analíticas el 5 de septiembre de 2011 y el 14 de febrero de 2014 con resultados dentro de la normalidad.

Continuando con el análisis de la asistencia en Atención Primaria, consta que el 24 de marzo de 2015 refirió mucosidad clara en garganta de años de evolución y rinorrea clara, así como reflujo gastroesofágico. A la exploración física se objetivó faringe normal, otoscopia normal y auscultación cardiopulmonar normal. Se propusieron medidas antireflujo, tratamiento con inhibidores de la bomba de protones y revisión posterior. También se realizó una analítica con resultados normales. Durante el año 2016 la paciente acudió en cuatro ocasiones por motivos relacionados con medidas preventivas (detección precoz del cáncer de mama y prevención del riesgo cardiovascular). La analítica realizada el 2 de junio de 2016 presentó un hemograma normal. El 16 de marzo de 2017 se diagnosticó queratitis seborreica, se derivó a la madre de los interesados a Dermatología para valoración y se solicitó el test del aliento para el *Helicobáctér pylori*, prescribiéndole domperidona y ranitidina. El resultado negativo del test se anota el 10 de mayo de 2017, indicándose que la paciente no tomaba el tratamiento prescrito, aunque presentaba molestias ocasionales por reflujo gastroesofágico. Entre el 8 de junio de 2017 y el 1 de junio de 2018, inclusive, no hay constancia de consultas por problemas digestivos.

El 12 de junio de 2018 se detectó ferropenia sin anemia en analítica. La paciente manifestó no tener pérdida de peso, ni rectorragia, el hábito intestinal estaba conservado y no tomaba carnes.

Continuaba con reflujo gastroesofágico y no tomaba el tratamiento. Se solicitó un estudio de sangre oculta en heces con resultado negativo.

El 28 de agosto de 2018, la madre de los reclamantes refirió a su médico de Atención Primaria no mejorar con la ranitidina y se cambió el tratamiento a omeprazol.

El 18 de septiembre de 2018, la paciente acudió al centro de salud, al presentar regurgitación de alimentos con aerofagia, pero sin síntomas de alarma. La exploración abdominal fue normal, se pautó Motilium y ver evolución.

La madre de los interesados volvió al centro de salud el 3 de octubre de 2018 al no presentar clara mejoría con el tratamiento pautado y manifestó un cambio en la dieta. Se solicitó una endoscopia digestiva alta, que, previa firma del documento de consentimiento informado, fue realizada el 15 de octubre de 2018 con el siguiente resultado: *“Esófago: mucosa, luz, transición escamocolumnar e hiato sin alteraciones. No se visualizan lesiones a ese nivel. Estómago: abundantes restos alimenticios en cuerpo gástrico. Fundus, cuerpo, antro y píloro sin alteraciones relevantes. En retrovisión se visualiza incompetencia cardial. Duodeno: bulbo y segunda porción accesible normales. Juicio diagnóstico: restos alimenticios sólidos. Incompetencia cardial”*.

El 17 de octubre de 2018, la paciente acudió al médico de Atención Primaria, anotándose el resultado de la endoscopia. Se prescribió Cidine para el tratamiento del reflujo gastroesofágico.

La madre de los reclamantes volvió al centro de salud el 11 de diciembre de 2018, al no obtener mejoría con el tratamiento pautado. Manifestó que había perdido 4-5 kg de peso. El médico de Atención Primaria realizó un parte de interconsulta dirigido al Servicio de

Digestivo, indicando que se trataba de una paciente con síntomas de reflujo gastroesofágico de años de evolución, más sintomática en los últimos meses, sin síntomas de alarma inicialmente, sin mejoría con la medicación. Se mencionaba el resultado de la endoscopia realizada en octubre y la pérdida de peso, al parecer por cambio de dieta y disminución de ingesta.

El 23 de enero de 2019, la paciente fue vista en el Servicio de Digestivo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón. Manifestó una pérdida de peso de 8 kg, sensación de plenitud precoz, no clara pirosis, pero sí regurgitaciones, meteorismo, aerofagia frecuente y ritmo intestinal normal. Se solicitó gastroscopia, ecografía abdominal y manometría esofágica.

El 6 de febrero de 2019 se realizó la ecografía abdominal en la que se visualizaron lesiones focales ocupantes de espacio en el hígado asociadas a discreta cantidad de líquido libre intraabdominal por lo que se solicitó una TC de forma preferente para ampliación de estudio, que fue realizada el 13 de febrero, con la conclusión de la existencia de un engrosamiento mural circunferencial de las paredes del fundus-cuerpo gástrico y de aproximadamente 12,5 cm de longitud localmente avanzado con extensa carcinomatosis peritoneal y lesiones focales compatibles con metástasis.

El 22 de febrero de 2019 se realizó una esofagogastroduodenoscopia, que confirmó la existencia de una lesión subcardial de aspecto neoplásico y se tomaron biopsias.

El 25 de febrero de 2019 la paciente acudió a consulta del Servicio de Digestivo, informándole del resultado de las pruebas con el juicio diagnóstico de lesión subcardial de aspecto neoplásico estadio IV, estando pendiente el informe de Anatomía Patológica sobre las biopsias realizadas.

El informe de Anatomía Patológica se emite el 26 de febrero de 2019 con el diagnóstico de mucosa cardial con adenocarcinoma y presencia de metaplasia intestinal.

El 5 de marzo de 2019, el Comité de Tumores, con el diagnóstico de adenocarcinoma gástrico estadio IV (carcinomatosis peritoneal y metástasis hepáticas), recomienda quimioterapia paliativa.

La madre de los interesados fue vista el 6 de marzo de 2019 en el Servicio de Oncología, donde se propuso el tratamiento quimioterápico. Se pautaron tres ciclos que comenzarían el 15 de marzo de 2019.

El 11 de marzo de 2019, acudió al Servicio de Digestivo. Se explicó a la paciente y sus familiares la situación oncológica con adenocarcinoma gástrico en estadio avanzado. Se explicó que no era posible la opción quirúrgica como tratamiento del tumor por lo que la opción disponible era la quimioterapia paliativa. Consta que la paciente sufrió un presíncope por lo que pasó al hospital de día para tratamiento. Se pautó el inicio de la quimioterapia para la semana siguiente.

La madre de los interesados fue hospitalizada del 21 al 24 de mayo de 2019 debido a un empeoramiento clínico. Durante el ingreso se solicitó un TC abdominal que confirmó la sospecha de progresión tumoral. La paciente presentó un deterioro del estado clínico a pesar del tratamiento, con vómitos persistentes e intolerancia a los líquidos. Se planteó la posibilidad de un traslado a la Unidad de Cuidados Paliativos hospitalaria pero la paciente y sus familiares prefirieron intentar el manejo domiciliario por lo que se contactó con la Unidad de Cuidados Paliativos Domiciliarios que se encargó de su supervisión y tratamiento desde el 7 de junio, fecha en la que recibió el alta hospitalaria.

El 9 de junio de 2019 se produjo el fallecimiento de la madre de los interesados.

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 de la madre de los reclamantes del Centro de Salud Gregorio Marañón, de Alcorcón, y del Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

Figura en el expediente el informe de 9 de septiembre de 2020 de la médica de Atención Primaria del referido centro de salud que se limita a hacer un resumen de las asistencias dispensadas a la paciente desde 11 de marzo de 1991 hasta la fecha del fallecimiento.

Asimismo, se ha incorporado al procedimiento el informe de 18 de septiembre de 2020 del jefe del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón en el que explica que la paciente consultó en dicho servicio por primera vez el 23 de enero de 2019 cuando contaba con 64 años de edad. Refiere que presentaba una larga evolución de enfermedad por reflujo gastroesofágico y dispepsia crónica. Señala que consultó por empeoramiento de síntomas al menos en la segunda mitad del año 2018, motivo por el que su médico de Atención Primaria solicitó una gastroscopia, realizada el 3 de octubre de 2018, en la que se hallaron abundantes restos alimentarios que impidieron una correcta valoración, por lo que no se puede descartar la existencia de una lesión a dicho nivel. Señala que en ese momento no se solicitó una nueva valoración, lo que visto en retrospectiva pudo haber sido adecuado, si bien esa decisión correspondía al médico que había solicitado la prueba y que conocía los síntomas y antecedentes de la paciente. Subraya que en ese momento no existían signos de alarma (pérdida de peso, anemia o masa abdominal, entre otros).

El informe señala que la existencia de molestias digestivas crónicas dificultó el diagnóstico ya que la dispepsia funcional cursa de forma habitual con periodos más sintomáticos y es probable que el médico de Atención Primaria interpretara el empeoramiento de finales de 2018 como una temporada peor, pero a pesar de ello solicitó la gastroscopia aun sin apreciar síntomas ni signos de alarma. Destaca la dificultad de diagnóstico del tumor, su mal pronóstico y su evolución agresiva para subrayar que los síntomas previos desde el año 1991 no están relacionados con el tumor gástrico que se desarrolló posteriormente.

En cuanto a la asistencia posterior por parte de dicho servicio, el informe destaca que no existe una demora clara entre la interconsulta de su médico de Atención Primaria realizada en diciembre de 2018 hasta la consulta de 23 de enero de 2019, ecografía realizada el 6 de febrero, TAC el 13 de febrero, gastroscopia el 22 de febrero y consulta el 25 de febrero, a pesar de no contar en esa fecha con los resultados de las biopsias.

El informe concluye que en retrospectiva puede existir una demora diagnóstica de 3 meses desde la primera gastroscopia hasta la segunda, sin embargo, debido a la agresividad del tumor de la paciente no habría variado su evolución. Destaca que dado el tipo de tumor que presentaba la paciente, el diagnóstico era difícil incluso mediante endoscopia, ya que no se expresaba como masa o úlcera y tenía escasa relevancia mucosa. En la gastroscopia de febrero de 2019 únicamente se visualizaba un área en forma de rodete, de 5 cm de longitud con mucosa de aspecto edematoso y friable lo cual motivó la toma de múltiples biopsias. Añade que es posible que a pesar de haber realizado una exploración óptima en octubre de 2018 sin restos alimentarios el tumor no hubiera sido evidente o visible.

Asimismo, figura en el procedimiento el informe del jefe de la Unidad de Oncología del centro hospitalario que se circunscribe a realizar un relato de la asistencia dispensada por dicha unidad.

Consta también en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria que, tras analizar la historia clínica de la madre de los interesados y los informes emitidos en el curso del procedimiento, con particular crítica al informe pericial aportado por los reclamantes, concluye que no hay evidencia de mala praxis en la asistencia dispensada por la médica de Atención Primaria y que la actuación del Servicio de Digestivo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón fue conforme a la *lex artis*.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a los interesados y al centro hospitalario.

El 7 de octubre de 2021, la responsable del Gabinete Jurídico del hospital presenta un escrito dando cuenta de que examinado el expediente no se estimaba oportuno formular alegaciones.

No consta que los reclamantes formularan alegaciones dentro del trámite conferido al efecto.

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.

Figura en el expediente que los reclamantes han interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación que se sigue ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Procedimiento Ordinario 760/2021.

CUARTO.- El 24 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 111/22 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 5 de abril 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 la paciente fallecida 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 Gregorio Marañón, que forman parte de la red asistencial pública de esta comunidad autónoma y por el Hospital Universitario Fundación Alcorcón, organización sanitaria sin ánimo de lucro, constituida por el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) al amparo del Real Decreto Ley 10/1996, de 7 de junio, y transferida a la Comunidad de Madrid mediante el Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, sobre el traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del INSALUD. Su objeto es la realización, en la zona de influencia del Hospital de Alcorcón, entre otras, de actividades de promoción, prestación y gestión directa o indirecta de recursos y servicios sanitarios, con sujeción a los criterios de planificación y coordinación y a las directrices de carácter general emanadas de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

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 9 de junio de 2019 debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada el 6 de agosto de 2020, teniendo en cuenta la suspensión de los plazos de prescripción desde el 14 de marzo de 2020 al 4 de junio de 2020 conforme la disposición adicional 4ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

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 de la madre de los interesados, tanto del centro de salud como del Hospital Universitario Fundación Alcorcón. También ha emitido informe la Inspección Sanitaria y se ha conferido el correspondiente trámite de audiencia a los reclamantes y al centro hospitalario. 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 de la patología oncológica de su madre, a pesar de haber iniciado sus consultas muchos años antes. Inciden en que no se tomaron en cuenta los síntomas y a pesar de que se realizó una prueba en octubre de 2018, que resultó infructuosa no se pautó su repetición, demorándose el diagnóstico hasta un momento en el que la enfermedad resultaba ya incurable.

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).

Es por tanto a los reclamantes a quien incumbe probar mediante medios idóneos que la asistencia que se prestó a su familiar no fue conforme a la *lex artis*. Así recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2020 (recurso 829/2017) que *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados”*.

Pues bien, en el presente caso los reclamantes han aportado un informe de un médico especialista en valoración del daño corporal en el que se concluye que existían numerosos síntomas y signos clínicos que deberían haber hecho pensar en la presencia de una enfermedad gástrica de relevancia, que el comienzo de los síntomas ya en marzo de 2015 fue un hecho y que la presencia de la anemia, de los trastornos de movilidad gastrointestinal, de la dificultad para las digestiones y para tragar y de esa sensación de pesadez tras las comidas, unidas a las náuseas y vómitos presentes en la paciente, deberían haber hecho que se realizara una prueba concluyente para alcanzar un diagnóstico. Subraya que se realizó una primera endoscopia el 15 de octubre de 2018 pero que fue claramente inválida, tal y como reconoció la propia especialista de Digestivo que la llevó a cabo, no prescribiéndose la

realización de una nueva prueba, en esas mismas fechas a pesar de todos los síntomas y signos relevantes antes mencionados, lo que provocó que el diagnóstico del tumor maligno gástrico, alcanzado a finales de febrero de 2019, catalogara ya a la paciente dentro del estadio IV, con un tumor ya inoperable o irresecable y sin posibilidades terapéuticas para alcanzar la curación.

Frente a lo afirmado por el informe pericial aportado por los interesados, el informe del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón (pues el informe del médico de Atención Primaria se limita a realizar un relato de las asistencias sin ofrecer ninguna explicación) destaca que la biología del tumor gástrico es habitualmente muy agresiva y no de larga evolución como sugiere el informe pericial de parte, de manera que es contundente al afirmar que los síntomas previos de los años 1991 a 2015 *“no están relacionados con el cáncer que se desarrolló posteriormente”*, pues se trataba de síntomas relacionados con la dispepsia funcional que padecía la madre de los interesados. En el mismo sentido se pronuncia la Inspección Sanitaria, destacando que los síntomas que presentaba la paciente estaban claramente relacionados tanto con la anemia ferropénica que le fue diagnosticada inicialmente en 2002 como con la enfermedad de reflujo gastroesofágico que padecía. Los informes coinciden en destacar, en contra de afirmado por informe pericial de parte que sitúa en 2015 el inicio de los síntomas del tumor gástrico, que no fue hasta finales de 2018 cuando comenzaron los síntomas de alarma, concretamente en la consulta de 11 de diciembre de 2018, cuando la madre de los reclamantes refirió por primera vez una clara pérdida de peso.

Ahora bien, el informe del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón destaca la existencia de una posible demora en el diagnóstico como resultado de la prueba realizada el 15 de octubre de 2018 que resultó infructuosa por la presencia de restos alimenticios y a pesar de ello no se pautó su repetición hasta que

la paciente volvió a consultar en diciembre de 2018. No obstante, ello por sí mismo no supone necesariamente la existencia de responsabilidad patrimonial por mala praxis, al existir circunstancias que pueden explicarlo, si bien *“corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”*. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012, con cita de otras anteriores de la misma Sala y Sección como la de 27 de diciembre de 2011 o la 7 de julio de 2008, en las que se insiste en que así lo demanda el principio de la “facilidad de la prueba”, establecido por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, acreditado el daño por la reclamante, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido.

En estas circunstancias, frente a lo manifestado por el informe pericial de parte que afirma la existencia de signos de alarma en ese momento que habrían aconsejado la repetición de la prueba, tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el del Servicio de Aparato Digestivo coinciden en afirmar que tales signos de alarma no aparecieron hasta el mes de diciembre de 2018 cuando la paciente manifestó una clara pérdida de peso. De manera más detallada el informe del especialista en Digestivo explica que la existencia de molestias digestivas crónicas dificultó el diagnóstico, ya que la dispepsia funcional cursa de forma habitual con periodos más sintomáticos que alternan con otros con molestias más leves y controladas, de manera que es razonable que el médico de Atención Primaria interpretara el empeoramiento a finales de 2018 como una temporada peor en la enfermedad, al no existir signos de alarma en ese momento, como pérdida de peso, anemia o masa abdominal, entre otros. Además, incide en la dificultad del diagnóstico del tumor gástrico

que padecía la madre de los interesados incluso con la realización de una endoscopia, ya que no se expresaba como una masa o una úlcera y tenía escasa relevancia mucosa (escasa protrusión). Prueba de esa dificultad diagnóstica, según el informe, es que, en la gastroscopia realizada en febrero de 2019, únicamente se visualizaba a nivel del cuerpo alto/cardias un área en forma de rodete, de 5 cm de longitud con mucosa de aspecto edematoso y friable que hizo precisa la toma de múltiples biopsias. Por ello concluye que de haber realizado una exploración óptima en octubre de 2018 es posible que el tumor no hubiera sido evidente o visible.

Resulta claro que una vez conocido el resultado final puede llegarse a la conclusión de que podría haber sido oportuno repetir la prueba, sin embargo, con ello estaríamos contraviniendo la prohibición de regreso, pues no puede admitirse juzgar la asistencia sanitaria partiendo del dato del resultado final. Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual:

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

En este caso, de los informes médicos que obran en el expediente se colige que la sintomatología que presentaba la reclamante en octubre de 2018 no apuntaba a una patología de naturaleza oncológica, por lo que parece razonable que el médico de Atención Primaria no pautara la repetición de la prueba, teniendo en cuenta los antecedentes digestivos de la paciente perfectamente conocidos en Atención Primaria y los

signos y síntomas que manifestaba en ese momento. Sin embargo, cuando aparecieron los primeros signos de alarma en diciembre de 2018, inmediatamente se realizó el parte de interconsulta al especialista en Digestivo, realizándose las pruebas en un corto periodo de tiempo, tal y como destacan los informes médicos que obran en el expediente que no han sido contradichos por el informe pericial aportado por los interesados que no efectúa crítica a esa concreta actuación. En particular la Inspección Sanitaria subraya que la paciente fue vista en primera consulta de Aparato Digestivo el 23 de enero de 2019, solicitándose una gastroscopia, una ecografía abdominal y una manometría esofágica. En el período de un mes, a la madre de los interesados se le realizó una ecografía abdominal, un TC toraco-abdominal (solicitado como preferente a la vista de lo encontrado en la ecografía) y un estudio gastroduodenal con toma de muestras para biopsia; el 25 de febrero de 2019 fue vista en una segunda consulta de Digestivo; el 26 de febrero de 2019 se emitió el informe de Anatomía Patológica; el 5 de marzo se emitió el dictamen del Comité de Tumores y el 6 de marzo fue vista en consulta de Oncología donde se pautó el tratamiento quimioterápico. Es decir, entre la primera consulta en el Servicio de Digestivo hasta la primera consulta en el Servicio de Oncología transcurrió un mes y medio y, por lo tanto, en sus propias palabras *“no se puede considerar que hubiera una demora en la actuación del Servicio de Digestivo del Hospital Fundación Alcorcón”*.

Como hemos dicho reiteradamente, 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 de los distintos informes periciales aportados al procedimiento.

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”*.

En este caso, el informe pericial aportado por los interesados, que no ha sido elaborado por un especialista en la materia, además de ser *“farragoso, reiterativo, con numerosos errores tanto de la cronología del proceso evolutivo de la paciente como de los actos asistenciales realizados, y en el que se vierten una serie de aseveraciones que no se sustentan en la documentación clínica existente”*, en palabras de la Inspección Sanitaria, resulta insuficiente para acreditar la existencia de la mala praxis denunciada, pues como hemos visto, los informes

médicos que obran en el expediente explican de manera convincente que los signos o síntomas que presentaba la paciente desde 1991 no correspondían a un cáncer gástrico de rápida evolución como el que presentó la madre de los reclamantes, y por otro lado, la única actuación que pudiera ser reprochable, esto es, la no repetición de la prueba realizada en octubre de 2018, cuenta con una explicación razonable en el procedimiento, careciendo de sustento en la historia clínica la afirmación del informe pericial de parte relativa a la existencia de signos de alarma que recomendaran su repetición. Cabe decir que el mencionado informe pericial carece de la necesaria fuerza de convicción exigida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 6 de octubre de 2016 (núm. de rec.: 258/2013), convicción que reside, en gran medida, en la fundamentación y coherencia interna de los informes, en la cualificación técnica de sus autores y en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes. En este caso, en una valoración conjunta de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, hemos de decantarnos por la mayor fuerza probatoria del informe del Servicio de Aparato Digestivo y de la Inspección Sanitaria y respecto a esta última no solo por la objetividad que se presume del ejercicio de sus funciones, sino por su mayor rigor argumental, complementario de las explicaciones facilitadas por los otros servicios médicos que han informado en el procedimiento y los datos recabados de la historia clínica.

Por todo ello, hemos de coincidir con la conclusión de los informes médicos que obran en el expediente, y, por tanto, hay que rechazar las críticas de los reclamantes y considerar que no se ha acreditado que la asistencia sanitaria prestada a su madre no fuera adecuada o ajustada a la *lex artis*.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación presentada al no haberse acreditado mala praxis en la atención dispensada a la madre de los reclamantes.

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 5 de abril de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 187/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid