

Dictamen nº: **213/23**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.04.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de abril de 2023, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. (en adelante, “*el paciente*”) por los daños y perjuicios sufridos debido al retraso en el diagnóstico y tratamiento de un tumor cerebral en el Hospital Universitario Ramón y Cajal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 10 de diciembre de 2020, la persona citada en el encabezamiento, asistida por letrado, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Madrileño de Salud, por los daños y perjuicios derivados de un retraso en el diagnóstico de 161 días de un tumor cerebral, de forma tal que le privó de posibilidades de recibir un tratamiento adecuado para ello y que le ha producido múltiples patologías y secuelas. Señala que ya había padecido un cáncer -diagnosticado en el año 1996- y tratado satisfactoriamente en el Hospital Universitario Ramón y Cajal (el hospital), del que se había recuperado, llevando una vida normal.

Continúa relatando que el 21 de noviembre de 2018 sufrió una de sus crisis epilépticas, siendo atendido en Urgencias del hospital, ajustándose la medicación que habitualmente recibía y realizándose un TAC, que no mostró alteraciones respecto de los precedentes.

Refiere que el 6 de abril de 2019, acudió al Servicio de Urgencias del hospital tras sufrir una crisis comicial y que ese día la doctora recomendó la realización de una RM para evaluar el hallazgo obtenido en el TAC craneal; sin embargo, esa resonancia no se llevó a cabo hasta un mes y medio más tarde, el 22 de mayo. La reclamación pone de manifiesto que el resultado de esta resonancia -a pesar de la gravedad y sus implicaciones- no fue comunicado ni al paciente ni al Servicio de Neurocirugía, y que no fue hasta el 14 de septiembre cuando volvió a Urgencias al sufrir otra crisis epiléptica, cuando los facultativos vieron los resultados de la resonancia realizada meses atrás y determinaron su inmediato ingreso hospitalario.

Se le realizó entonces un TAC craneal y una nueva RM, que evidenciaron la lesión tumoral con marcado crecimiento, realizándose una intervención quirúrgica el día 24 de ese mes con la extirpación del tumor; y que después tuvo que ser sometido a tratamiento de seis ciclos de radioterapia y quimioterapia.

Reprocha que existió un retraso de diagnóstico inexcusable con una demora en el tratamiento médico de 161 días, lo que tuvo graves consecuencias. Que prueba de ello es la comparación de la RM del 26 de mayo con las conclusiones del TAC realizado el 28 de octubre 2019, en el que se aprecia el incremento del tumor en ese tiempo: de 7-8 mm en mayo a 14 mm en octubre, lo que según la reclamación explica la discapacidad que sufre actualmente el reclamante.

Finaliza el relato fáctico señalando que después del alta hospitalaria, el paciente fue trasladado a un centro especializado (Hospital de la VOT) para su rehabilitación; y ya en 2020 fue llevado

al Hospital de la Cruz Roja, hasta que el 11 de marzo de 2020 fue remitido a su domicilio, asumiendo la familia el cuidado.

Señala como reproche principal que la ausencia de notificación del hallazgo radiológico, y la no activación de la alerta radiológica por el Servicio de Radiodiagnóstico son hechos contrarios a la *lex artis*. Y que la falta de diagnóstico y tratamiento hizo que la enfermedad avanzara hasta la intervención quirúrgica.

Indica que, conforme a la normativa y jurisprudencia aplicable, existe un daño efectivo e individualizado y que es antijurídico pues no tiene el deber de soportar las consecuencias del retraso de diagnóstico que cifra en 161 días.

Por último, refiere que las secuelas que todavía padece no están estabilizadas y que está ingresado en la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Santa Cristina, por lo que no puede cuantificar la indemnización.

El escrito de reclamación se acompaña de diversa documentación médica del Hospital Universitario Ramón y Cajal.

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

1.- El reclamante nacido en 1970, estaba siendo tratado por el Servicio de Neurología del Hospital Universitario Ramón y Cajal desde el año 1996 en que fue diagnosticado y tratado de un astrocitoma fibrilar de grado II. Después, sufre episodios de crisis comiciales, los últimos, los días 21 de noviembre de 2018 y el 4 de enero de 2019.

En la consulta de Neurología del 13 de febrero de 2019, la impresión diagnóstica es de epilepsia focal en relación a su lesión frontal derecha. El paciente estaba siendo controlado por dicho

servicio con revisiones periódicas y estabilidad radiológica tras las resonancias realizadas el 15 de julio de 2016 y 11 de junio de 2018 que no muestran datos sospechosos de recidiva tumoral.

Acude a Urgencias del hospital a las 19:23 horas del 6 de abril de 2019 por una crisis comicial. En la exploración física está consciente y orientado en las tres esferas. No presenta edemas ni signos de trombosis venosa; la marcha es normal. Se le realiza analítica en sangre y orina y un tac craneal que objetiva “*cambios postquirúrgicos de craneotomía fronto parietotemporal derecha con cavidad de encefalomalacia en lóbulo frontal derecho*”. Se evidencia “*una lámina hiper densa en la región, se recomienda RM cerebral de control para evaluar dicho hallazgo. Línea inter hemisférica no desplazada*”.

A las 0:22 horas, ya del 7 de abril, la anotación es “*avisamos a Neurología por alteración del TAC craneal visto por Radiología. Neurología recomienda valoración por Neurocirugía, aumento de dosis de..., así como adelantar la cita prevista el 23 de abril para control y solicitud de RM. Avisamos a Neurocirugía para valoración*

A las 00:45 horas por el médico de Neurocirugía se anota que el paciente “*es traído por presentar esta mañana episodio convulsivo generalizado. Neurológicamente estable con exploración normal. En Tac craneal comentan hallazgo de lámina hiper densa en región declive de cavidad postquirúrgica frontal derecha previa. No efecto de masa. Línea media centrada*”. El plan es “*dados los hallazgos clínico radiológicos recomendamos manejo conservador con seguimiento en consultas de Neurología. Ajustar tratamiento anticomicial. El hallazgo radiológico descrito no representa signo de alarma o neuro quirúrgico urgente pudiendo estar en relación con un traumatismo craneoencefálico consecuencia del episodio comicial. Alta por nuestra parte*”.

A las 4:24 horas, la misma doctora de Neurología señala que la imagen radiológica ha sido valorada por Neurocirugía, que recomienda manejo ambulatorio por ausencia de signos de alarma del hallazgo radiológico. Refiere que el paciente se ha mantenido asintomático en esas ocho horas y decide alta a domicilio con seguimiento en consultas de Neurología.

La RM de cráneo fue solicitada el 26 de abril, realizada el 22 de mayo e informada el 24 de mayo de 2019 (folios 772 y 773). El informe radiológico aprecia (...) una imagen híper intensa en difusión de morfología seudonodular compatible con recidiva tumoral, a evaluar. Asimismo, se visualizan varios realces milimétricos en los márgenes de la cavidad (...) los mayores de ellos de 7 y 8 mm en probable relación con radio necrosis. La conclusión es “*extensa área de alteración de la intensidad de señal en la sustancia blanca y corteza frontal derecha, indeterminada, con foco milimétrico seudonodular en difusión compatible con foco de recidiva*”.

No consta en la historia clínica ningún aviso o comunicación del Servicio de Radiodiagnóstico al servicio peticionario de la RM.

2.- El 14 de septiembre de 2019, el paciente acude a Urgencias por una crisis epiléptica. Está orientado y afebril; no disfasia ni disartia. Se observa que han aumentado las crisis en los últimos meses, habiendo precisado ajustes de medicación. Refiere, además, fallos de memoria frecuentes. Es visto por el facultativo de guardia de Neurocirugía que valora la RM realizada en mayo; el juicio diagnóstico es sospecha de recidiva tumoral. Se realiza un TAC craneal que objetiva hallazgos compatibles con recidiva tumoral.

A las 00:40 horas ya del 15 de septiembre, el paciente queda ingresado a cargo del Servicio de Neurocirugía (folio 774). Se le realiza una RM el día 17, donde se objetiva una importante progresión

radiológica con respecto a la RM previa: “*hallazgos radiológicos compatibles con progresión tumoral con marcado crecimiento de la lesión frontal derecha adyacente a los márgenes anterior y lateral del lecho quirúrgico y aumento del edema vasogénico perilesional y del efecto de masa*” (folio 237). Se decide intervención quirúrgica y el diagnóstico es recidiva tumoral.

El paciente firma dos documentos de consentimiento informado el 19 de septiembre, para anestesia general y para cirugía de lesiones hemisféricas, siendo intervenido quirúrgicamente el 24 de septiembre mediante lobectomía frontal derecha, que resulta satisfactoria. La pieza quirúrgica se envía a Anatomía Patológica que informa, entre otros aspectos, de necrosis tumoral. El diagnóstico es glioblastoma mutado de grado IV. Se le realiza otra RM al día siguiente: aérea de realce en posible relación con resto tumoral en rodilla del cuerpo celoso. Cambios postquirúrgicos.

Las secuelas que se describen tras la cirugía: hemiparesia izquierda residual, Grupo oncológico cooperativo del este ECOG 3-4; dependiente para las actividades básicas de la vida diaria y disfagia.

El paciente es valorado por el Servicio de Rehabilitación el 8 de octubre; antes del ingreso caminaba sin ayuda y era independiente para las actividades de la vida diaria. Ahora camina con ayuda de una persona, con arrastre del pie izquierdo. Se inicia la rehabilitación.

El caso es llevado al Comité de Tumores que plantea un tratamiento con quimioterapia y radioterapia con Temodal. El tratamiento se inicia el 28 de octubre por parte del servicio de oncología radioterápica se describe: “*Pasa a cargo de oncología radioterápica para inicio hoy del tratamiento. Planificada RT sobre lecho quirúrgico (...) poco reactivo correspondiente con su estado basal secundario a resecciones de lóbulo frontal*”.

Tras 15 sesiones, el tratamiento finaliza el 18 de noviembre. Se solicita el traslado a otro centro para continuar la rehabilitación.

El 25 de noviembre se le da el alta hospitalaria. Según el informe de alta y el comentario evolutivo “*el paciente no ha presentado complicaciones, aunque se encuentra con apatía, bradipsiquia y cierta dificultad para caminar con lateralización a la izquierda*”.

3.- Es trasladado al Hospital de la VOT de San Francisco de Asís donde ingresa el 26 de noviembre de 2019 y realiza los tratamientos de rehabilitación.

Se le realiza una RM de control el día 16 de diciembre de 2019. Su resultado concluye hallazgos sugestivos de progresión con aumento de señal T2 y aparición de realce en la rodilla del cuerpo calloso, con infiltración hacia el hemisferio frontal contralateral; por lo que el paciente vuelve a ser ingresado el 19 de diciembre (folio 675) por deterioro neurológico y para ajuste sintomático, a cargo del Servicio de Oncología Médica desde el 19 de diciembre de 2019 hasta el alta por traslado a otro centro el 23 de enero de 2020.

Ese día es ingresado en el Hospital Central de la Cruz Roja San José y Santa Adela para la rehabilitación (folios 49 y ss.), donde permaneció hasta el 12 de marzo de 2020, en que fue dado de alta a domicilio, con seguimiento en consulta hospitalaria.

4.- Por último, el paciente acude a Urgencias del hospital por deterioro funcional, el día 4 de julio de 2020. En la exploración consta anotado que “*no nomina, ni reconoce. Está permanentemente afásico. Sí reacciona a la llamada, pero no obedece órdenes sencillas*”. Queda ingresado hasta el 14 de julio en que se decide de manera conjunta con sus familiares, el traslado a una Unidad de Cuidados Paliativos.

Es trasladado al Hospital Universitario Santa Cristina a cargo del Servicio de Medicina Interna (folios 575 y ss.) con el diagnóstico de glioblastoma en tratamiento paliativo y epilepsia secundaria a la patología oncológica. El paciente fallece el 8 de mayo de 2021.

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).

Una vez iniciado este, por el abogado del reclamante se presenta un escrito el 15 de octubre de 2021, en el que se solicita al SERMAS la declaración de sucesión -por fallecimiento del reclamante el 8 de mayo de 2021- a favor de sus familiares. Presenta el certificado de defunción, copia del poder de representación y del libro de familia.

Por el instructor del expediente se requiere que se acredite por los familiares, la condición de herederos de D.(...) por cualquier medio válido en derecho. Se da cumplimiento, mediante escrito de 22 de octubre de 2021 y acta de declaración de herederos abintestato del fallecido. En aquel se manifiesta que los únicos herederos del causante son sus padres D. (...) y D.^a(...). Y que el resto de sus familiares referidos, son los 8 hermanos del fallecido “*y, por tanto, perjudicados directos con interés legítimo en continuar el procedimiento*”.

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del paciente en el Hospital Universitario Ramón y Cajal cuya asistencia es objeto de reproche, así como de los Hospitales de la VOT de San Francisco de Asís y del Hospital Central de la Cruz Roja San José y Santa Adela.

Figuran también en el expediente, los informes de los servicios afectados de Neurocirugía de fecha 26 de enero, de Radiodiagnóstico

de 29 de enero, y el de Neurología de 12 de febrero, todos ellos de 2021. En síntesis, señalan:

- Que el paciente “*no estaba curado*” del tumor de 1996; que la media de supervivencia de ese tipo de tumor son 15 años. Que prueba de que no estaba curado eran las revisiones radiológicas de control y que, además, el paciente sufría crisis epilépticas secundarias a dicho tumor. Que precisamente la RM realizada el 22 de mayo de 2019 se hace “*ante la posibilidad real de que aparezca una recidiva*”; y que el periodo de cuatro meses desde la RM hasta el diagnóstico no es excesivamente prolongado dada la historia del paciente.
- Que en las Urgencias del 6 de abril de 2019 se le hizo TAC, con imagen compatible con un pequeño sangrado por una contusión traumática, y que la RM no es una prueba disponible en Urgencias.
- Que las crisis epilépticas del paciente estaban bien controladas por Neurología y que la medicación se ajustó con buena tolerancia del paciente. Que este fue evaluado en dos consultas el 23 de abril y el 21 de mayo, justo antes de la realización de la RM craneal.
- Que la RM se pidió por el Servicio de Neurocirugía el 26 de abril, se realizó el 22 de mayo y se informó el 24 de mayo, y que “*desde ese día está disponible en la historia clínica del paciente para todos los médicos del área sanitaria*”.

Por la inspectora médica se solicita información adicional, el 17 de febrero de 2022, sobre determinados puntos concretos.

- Por el Servicio de Radiodiagnóstico se contesta que “*desde Radiología disponemos de un protocolo de alertas que consiste en ponemos en contacto con los servicios correspondientes para que*

avisen a los facultativos de los hallazgos relevantes descubiertos en las pruebas radiológicas que requieren actuación de forma urgente o que supongan un peligro para la vida del paciente.

Los informes radiológicos no se comunican a los médicos peticionarios ya que los médicos reciben la información con la lectura del informe (sic). La lectura del informe se realiza generalmente en la cita que se programa posterior a la prueba realizada.

En ocasiones, es necesario avisar al médico peticionario independientemente de la cita posterior (...) En el caso concreto de D. (...) no se avisó al médico peticionario ya que no nos encontrábamos en ninguno de los dos supuestos. La recidiva tumoral no es un hallazgo que pusiera en peligro la vida del paciente de forma inminente y es un hallazgo predecible. Tenía un tumor de grado II que se operó en 1996".

- Por el Servicio de Neurocirugía se emitió el informe complementario y a las preguntas de la inspectora de por qué no se revisó dicha prueba por el servicio peticionario (Neurocirugía) y si había cita para dicha revisión, se responde que el procedimiento que regía en ese momento implicaba que el médico responsable pidiera una prueba, el paciente acudiera a Citaciones y que una vez citada la prueba, el propio paciente solicitara revisión en la consulta del médico peticionario, y que este funcionamiento era conocido por el paciente y sus familiares, dada la cronicidad de su seguimiento.

Respecto a la pregunta de si la prueba diagnóstica se revisó o no, responde que las pruebas se revisan en la consulta programada, siendo prácticamente imposible para cualquier médico de cualquier servicio revisar diariamente las pruebas que ha solicitado. En el caso de que en una prueba radiológica se diagnosticara algo no esperado o que el radiólogo considerara urgente, existe la alerta radiológica que emite un aviso para que el médico/servicio peticionario revise la prueba de manera urgente. Esa alerta radiológica no se activó.

Recibidos los informes complementarios, el informe de la Inspección Sanitaria se emite el 29 de marzo de 2022 en el 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:

- El tumor diagnosticado al paciente en 1996 era un astrocitoma grado II de malignidad, que, aunque con estabilidad radiológica durante sus controles a lo largo de los años, no puede ser catalogado como benigno debido a la posibilidad de recidiva y progresión.

- La no notificación del hallazgo radiológico de recidiva tumoral, no activando la alerta radiológica, es un hecho contrario a *lex artis*.

- Que cuando el propio día 14 de septiembre, ante la sospecha de recidiva tumoral, se ingresa al paciente, se realizan las pruebas complementarias necesarias para el correcto diagnóstico del tumor, se realiza el mejor tratamiento según las características del tumor y del paciente, por lo que esta actuación médica es acorde a *lex artis*.

Por el instructor del procedimiento, se encarga un informe de valoración del daño corporal, emitido el 17 de julio de 2022 en el que la perita -tras resumir los hechos- señala que el tumor recidivante diagnosticado resultó ser un glioblastoma grado IV de malignidad. Según la edad del paciente, si es diagnosticado entre los 45 y los 64 años de edad y las tasas de supervivencia para este tipo de tumores, la pérdida de oportunidad debida al retraso diagnóstico ha sido, en el peor de los casos, del 9%. Por ello, a la cuantía total indemnizatoria que señala en su tabla de 288.672,02 €, le aplica ese 9%, de donde resulta la cantidad de 25.980,48 €. A esta cantidad, suma los 120 días de retraso de diagnóstico de perjuicio moderado a 54,78 €/día, lo que da un total de 6.573,60 €. De la suma de ambas cantidades se obtiene el *quantum* indemnizatorio que propone de 32.554,08 €.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia el 16 de diciembre de 2022.

El abogado de los reclamantes formula el 25 de enero de 2023 alegaciones, en las que se reafirma en los términos de su reclamación inicial, incidiendo en que se trataba de un paciente de riesgo muy marcado por la recidiva tumoral, que necesitaba de una vigilancia clínica para evitar su progresión a un grado mayor y que no se realizó en el año 2019 un seguimiento adecuado. Enfatiza en el hecho de que realizada la RM el 22 de mayo de 2019, no fue hasta el mes de septiembre cuando el paciente acudió a Urgencias, cuando los facultativos vieron el resultado de esa prueba y que por tanto hay un retraso de 161 días en el diagnóstico de la recidiva del tumor desde que al paciente se le realizó la RM hasta que se le comunicaron los resultados y que “*de haberse actuado de manera adecuada, D.(...) no hubiese padecido el agravamiento de su patología y menos aún, hubiese fallecido*”.

En lo que respecta a la valoración de la prueba, se pone de relieve el informe de la Inspección Sanitaria que refiere mala praxis al no comunicar los resultados de la RM ni al paciente ni al servicio. Como novedad, señala que no es aplicable la doctrina de la pérdida de oportunidad ya que el paciente estuvo con estabilidad radiológica durante más de 20 años; que tenía solo 49 años; que estamos ante una cadena de errores y que no se trata de un error aislado; que las administraciones públicas se escudan en la teoría de la pérdida de oportunidad para minorar las indemnizaciones debidas y que hay un drama humano que vive toda la familia, por lo que debe ser acogido el quantum indemnizatorio reclamado en su totalidad.

Respecto a la cuantía reclamada, distingue la indemnización por lesiones temporales, con 161 días de retraso diagnóstico. Además, como perjuicio personal particular (hospitalización de 435 días) y por

la operación. Y una indemnización por causa de muerte, con las cantidades que corresponden a los progenitores, y a cada uno de los hermanos. Se solicita 238.769,12 € en total, más los intereses legales.

Finalmente, el 17 de febrero de 2023 se formuló la propuesta de resolución en la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, reconociendo a los reclamantes una indemnización total de 32.554,08 €.

CUARTO.- El 27 de febrero de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, la solicitud de dictamen.

El expediente 97/23 correspondió a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, que formuló la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en la sesión referida en el encabezamiento de este dictamen.

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.

SEGUNDA.-La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC y debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento, conforme al artículo 4 de la LPAC y al artículo 32 de la LRJSP, al haber sufrido el daño derivado de la asistencia sanitaria.

Acreditado su fallecimiento y al estar ya interpuesta la reclamación, hemos de distinguir, por una parte, la legitimación de los padres del paciente, que son los que pueden subrogarse en su lugar en el procedimiento iniciado al ser sus únicos herederos según el acta de notoriedad aportada. Esto lleva aparejado la consecuencia de que solo los progenitores pueden reclamar por los daños sufridos en vida de su hijo (retraso de diagnóstico, lesiones y padecimientos) y recibir, en su caso, la indemnización que se determinara por este concepto, pues es la que percibiría su hijo si viviera.

Ahora bien, todos los familiares ostentan legitimación activa en cuanto que padres y hermanos del fallecido, al ser familiares directos, por el daño moral provocado por la muerte de una persona con la que existe una relación estrecha de afectividad.

Se ha acreditado debidamente tanto el fallecimiento como la relación de parentesco con el paciente fallecido. Y también los poderes de representación otorgados por todos los familiares en favor del abogado que -junto con el paciente- firmó la reclamación inicial.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó por el Hospital Universitario Ramón y Cajal, que forma parte de su red asistencial pública.

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 (artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, hay que diferenciar el plazo para el reclamante del de sus familiares, tras el fallecimiento de éste.

Así, dado que el paciente cuando estaba sometido a rehabilitación en otro centro hospitalario, vuelve a ser ingresado en el Hospital Universitario Ramón y Cajal el 19 de diciembre de 2019 por causa del tumor, el *dies a quo* lo constituye la fecha en que fue dado de alta hospitalaria, el 23 de enero de 2020 (folio 40) y trasladado para una nueva etapa de rehabilitación al Hospital de la Cruz Roja. Por ello, debe reputarse formulada en plazo, la reclamación inicial presentada el 10 de diciembre de 2020.

Ahora bien, tras la muerte del reclamante (8 de mayo de 2021), es este el *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año que tienen los familiares para reclamar por este daño moral. Por tanto, el escrito y la documentación presentados el día 22 de octubre de 2021, estarían formulados en plazo legal.

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 interesado. También ha emitido informe la Inspección Sanitaria y se ha conferido con arreglo al artículo 82 de la LPAC el trámite de audiencia a los reclamantes.

Finalmente, tras la emisión de un informe de valoración del daño corporal, se ha redactado la propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación de responsabilidad 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 (recurso 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 1515/2005) “*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 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 Sentencia de 15 de marzo de 2018, recurso 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 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, hay que diferenciar dos daños: uno, el padecido por el reclamante, esto es el retraso en el diagnóstico y sus consecuencias; y otro, el daño moral de todos los familiares 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 Sentencia de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999-, entre otras).

La existencia de estos daños, 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.

Así, el interesado alegaba un retraso en el diagnóstico de la recidiva del tumor y, consecuentemente, en el tratamiento para atajarlo; después de dos años, falleció.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar el reproche efectuado, 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 como regla general y sin perjuicio del principio de facilidad probatoria en determinados supuestos, por mor del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 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).

Como hemos visto en el antecedente de hecho segundo, se ha acreditado el hecho de un retraso en el diagnóstico de la recidiva del tumor, por lo que, en consecuencia, es a la Administración Sanitaria a la que corresponde dar una explicación razonable de lo sucedido, teniendo en cuenta además el fallecimiento posterior.

En concreto, la historia clínica refleja que una vez realizada la resonancia el día 22 de mayo e informada por el radiólogo el 24 de mayo de 2019, no fue hasta el día 14 de septiembre, en el que el paciente acude a Urgencias por una de sus crisis epilépticas, cuando se ven sus resultados y se diagnostica la recidiva del tumor, acordándose la inmediata hospitalización, intervención quirúrgica urgente e iniciándose después, el tratamiento de quimio y radioterapia.

Esta circunstancia del retraso es reconocida en los informes de los servicios afectados. Además, de la lectura de la historia clínica y del informe de la Inspección, se desprende que este retraso de diagnóstico ha producido al paciente un daño grave, ya que el tumor pasó de grado II al grado IV de malignidad, teniendo que ser intervenido de inmediato el 24 de septiembre de 2019 para la extirpación del tumor, y además tuvo importantes secuelas.

Precisamente, la secuencia de los hechos del 6 y 7 de abril de 2019 que ya hemos descrito con detalle (folios 766 y ss. del expediente) revela que por el Servicio de Urgencias se actuó conforme a la *lex artis*, ya que al examinar el resultado del TAC craneal (*"lámina hiper densa en la región, se recomienda RM cerebral de control para evaluar dicho hallazgo"*) se avisa al Servicio de Neurología. La actuación de este servicio -ante sospecha de recidiva tumoral- es rápida y adecuada ya que avisa a Neurocirugía para la valoración de ese hallazgo. A su vez, la valoración que se hace del resultado del TAC por Neurocirugía de guardia es la descrita, que no

revela “*signo de alarma o neuro quirúrgico urgente*”, pero recomienda el seguimiento en consultas de Neurología.

Por el Servicio de Neurología se anota esta valoración y ante la estabilidad del paciente que en ocho horas no ha presentado nueva sintomatología, se le da de alta, siendo de advertir lo recomendado que aparece anotado en negrita: “*Adelantar cita con NEUROLOGÍA con este informe para la semana próxima. Se recomienda realización de RM craneal para valorar lesión en TAC craneal*” (folio 768). Quizás porque el alta fue de madrugada y el Servicio de Admisión y citas no estaría todavía abierto, o sea porque ya se tenía una cita próxima el 23 de abril, es lo cierto que la familia no adelantó la cita; si bien este hecho no tiene trascendencia en el retraso de diagnóstico.

En efecto, aun asumiendo que la resonancia magnética no es una prueba disponible en Urgencias, es lo cierto que el resultado del TAC craneal ya revelaba sospecha que, en todo caso, había que hacer un seguimiento, recomendándose la realización de aquella prueba. Así, por el Servicio de Neurocirugía se pidió la RM el 26 de abril y urge advertir que el motivo que figura es “*Tumor cerebral. Crisis epilépticas recidivantes*”, luego sí hay una situación de cierta gravedad en un paciente que además era perfectamente conocido en el hospital ya que su patología cancerígena era tratada allí desde hacía más de veinte años y demandaba un seguimiento.

La RM se realizó el 22 de mayo, y se informó el 24 de mayo. El informe radiológico aprecia una imagen muy intensa en difusión de morfología seudonodular compatible con recidiva tumoral, a evaluar. Asimismo, se visualizan varios realces milimétricos, los mayores de ellos de 7 y 8 mm.

El resultado de esta RM es indicativo de la recidiva y no se avisó de este por parte de Radiología al servicio peticionario (Neurocirugía) ni se activó el sistema de alertas que hubiera permitido conocer esta

circunstancia a Neurología. Aquí hay una mala praxis –tal y como señala la inspectora- ya que no se comunican los resultados ni se activa la alerta radiológica, que hubieran permitido empezar a tratar al paciente en Oncología de forma inmediata.

Las explicaciones que dan los Servicios de Radiología y Neurocirugía no son admisibles. Se dice que los resultados “*desde ese día están disponibles en la historia clínica del paciente para todos los médicos del área sanitaria*”, que el hallazgo tumoral era a “evaluar”, precisamente por eso había que hacer un seguimiento, máxime en un paciente cuya historia era bien conocida. No puede alegarse que el paciente no estaba en peligro de muerte o que no requería una intervención quirúrgica inmediata. El sistema de control radiológico del tumor cancerígeno era el de RM y TAC craneales periódicos que lógicamente se iban comparando con los anteriores. En el momento que el 24 de mayo de 2019 se detectan nódulos de hasta 7/8 mm. y se dice que son compatibles con recidiva, es cuando hay que avisar al servicio peticionario o activar el sistema de la alerta, sin que pueda trasladarse a la familia del paciente la carga de pedir una cita para unos resultados de los que se ignora su gravedad.

Tampoco puede manifestarse que el retraso de cuatro meses “*no es excesivo*”, por cuanto que el 14 de septiembre no se visualizan los resultados *motu proprio* por el servicio peticionario de esa prueba, sino que como el paciente va a Urgencias por otra crisis comicial, es entonces cuando se ven. Si el paciente no hubiera ido, la situación de retraso habría seguido siendo la misma.

Ahora bien, es de recordar que no todo retraso de diagnóstico supone la existencia sin más de responsabilidad sanitaria, sino que para ello es preciso que el daño producido al paciente sea antijurídico, y, por tanto, que no tenga el deber de soportarlo.

Este es nuestro caso, ya que como se describe en la historia clínica (antecedente de hecho segundo punto 2) y se avala por la Inspección las secuelas fueron graves y el grado de malignidad del cáncer se duplicó (de II a IV). El paciente vivía con una hermana siendo independiente para las actividades de la vida diaria, según está anotado en la historia clínica. En las Urgencias del 14 de septiembre se constatan las pérdidas de memoria frecuentes (que antes no tenía) y después de la intervención quirúrgica, la pérdida de movilidad, tiene que ayudarse de otra persona para andar, hemiparesia en el lado izquierdo, disfagia... teniendo que iniciar rehabilitación y luego trasladarse a otro centro especializado.

Por lo expuesto, esta Comisión Jurídica Asesora valorando todo el material probatorio en su conjunto, considera que hay un retraso de diagnóstico desde que el 24 de mayo se informa el resultado de la RM realizada y se anota en la historia clínica, hasta el día 17 de septiembre de 2019, donde en la RM se constata una “*importante progresión tumoral con marcado crecimiento de la lesión frontal*” (folio 237) al compararse con la resonancia previa y se diagnostica la recidiva pulmonar acordándose la intervención de lobotomía cerebral.

A partir de esta última fecha, la actuación y el tratamiento al paciente sí es -como indica la Inspección- conforme a la *lex artis*.

Así pues, consideramos que se ha producido una pérdida de oportunidad para el familiar de los reclamantes, que podía haber sido correctamente diagnosticado a partir del 24 de mayo de 2019 y haberse iniciado antes el tratamiento del tumor. Y ello, independientemente de que no sabemos cuál hubiera sido el resultado final; ya que, si el diagnóstico se hubiera producido en su momento, es cierto que no podemos elucubrar si se hubiera evitado el fatal desenlace, pero no es menos cierto que se privó al paciente de un tratamiento inmediato que quizás habría permitido prolongar su

vida, o aminorar la pérdida de movilidad o las otras secuelas, lo que motiva la aparición de responsabilidad de la Administración.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de noviembre de 2018 (recurso 703/2016), “*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.- Una vez acreditado el daño antijurídico, procede emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños.

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, la 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, según ha informado la Inspección Sanitaria en sus conclusiones “*dada la agresividad y pronóstico de la recidiva del tumor Glioblastoma grado IV de malignidad, no se puede asegurar, que el tratamiento de dicha lesión cuatro meses antes, hubiera cambiado el curso de la enfermedad*”.

Lo primero que ha de hacerse es cuantificar los días del retraso de diagnóstico, que como ya hemos señalado en la consideración jurídica anterior se inicia el 24 de mayo y concluye el 17 de septiembre de 2019. Son, por tanto, 117 días (8 del mes de mayo, 30 de junio, 62 de los meses de julio y agosto y 17 días de septiembre)

Sin embargo, en el informe de valoración del daño corporal se cifra sin más en 4 meses (120 días) sin datar ni el inicio ni el final; y en el escrito de los familiares del reclamante se cifra en 161 días; pero no es cierto que el retraso se inicie con el encargo de la RM el 26 de abril, sino que aquel principia cuando se conocen los resultados, es decir, el 24 de mayo.

Así las cosas, y en línea con lo que hemos expuesto en la legitimación activa, distinguiremos dos indemnizaciones: una, la que correspondería al paciente que interpuso en 2020 la reclamación y que, al haber muerto, le corresponde recibir solo a sus padres. Y la

otra, la que corresponde a todos los familiares (padres y 8 hermanos) por el daño moral del fallecimiento en sí.

Analizando el informe de valoración del daño corporal encargado por el instructor del expediente, además de lo ya dicho respecto del indebido cálculo de los días, advertimos que tal y como se dice en su segunda página, “*no se valora la praxis, sino únicamente se valoran las consecuencias del posible error*” y se cifra la indemnización en 288.672,02 €, cantidad ligeramente superior a la que solicita la reclamación (238.769,12 €). Señala que, según la edad del paciente y las tasas de supervivencia para este tipo de tumores, la pérdida de oportunidad debida al retraso diagnóstico ha sido, en el peor de los casos, del 9%. Por ello, a la cuantía total indemnizatoria que señala en su tabla de 288.672,02 €, le aplica ese 9%, de donde resulta la cantidad de 25.980,48 €. A ello le suma los 120 días de perjuicio moderado, a razón de 54,78 €/día, 6.573,60 €. En consecuencia, la valoración propuesta es de 32.554,08 €.

En la reclamación formulada por los familiares, sí se distinguen los dos conceptos a indemnizar: uno, por lesiones temporales (paciente) y otro, por razón del fallecimiento. Pero el abogado de los reclamantes olvida en su escrito a una hermana (folio 960) y ha quedado acreditado y otorgado el poder por los ocho hermanos (folio 706). En lo que sí coinciden, la perita y el abogado, es en una serie de cantidades calculadas según el baremo aplicable, que, por tanto, aceptaremos.

I. La primera valoración del daño es la del paciente, calculando la indemnización por lesiones temporales:

- Por perjuicio personal básico: 117 días de retraso diagnóstico, a razón de 31,61 € diarios, supone un total de 3.698,37 €

- Perjuicio personal particular, que comporta a su vez:

a- Por pérdida temporal de calidad de vida. La hospitalización fue de 435 días, a razón de 79,02 €/día, supone un total de 34.373,70 €. Los periodos de hospitalización son: del 15 de septiembre al 25 de noviembre de 2019: 71 días; del 19 de diciembre de 2019 al 23 de enero de 2020: 35 días; del 22 de febrero al 12 de marzo de 2020: 20 días; del 4 de julio de 2020 al 8 de mayo de 2021: 309 días.

b- Por la intervención quirúrgica (Lobectomía cerebral): 1.450 €.

La cuantía total de esta valoración por el concepto de lesiones temporales es de 39.522,07 € a percibir conjuntamente por los padres, sucesores de su hijo fallecido en la reclamación.

II. La segunda indemnización es por causa de muerte.

- A los padres del paciente: 42.563,32 € a cada uno de ellos. Esta cantidad proviene de la suma por perjuicio personal básico: al tener 49 años de edad a la fecha de su fallecimiento, 42.141,90 €. Y en cuanto al perjuicio patrimonial básico: 421,42 €.

- A cada uno de los ocho hermanos le corresponde un total de 16.224,63 €. Esta cantidad proviene de la suma del perjuicio personal básico: 15.803,21 € y del perjuicio patrimonial básico: 421,42 €.

Ahora bien, tal y como ya hemos señalado, se trata de un supuesto de pérdida de oportunidad, por lo que hemos de tener cuenta el porcentaje señalado en el informe de valoración del daño corporal “según la edad del paciente y las tasas de supervivencia para este tipo de tumores, la pérdida de oportunidad debida al retraso diagnóstico ha sido, en el peor de los casos, del 9%”.

En consecuencia, este 9% será el porcentaje que ha de aplicarse a las cantidades antes señaladas:

I. Por la existencia de mala praxis sufrida por el paciente, la cantidad a indemnizar es de 3.556,98 € en total para los padres del reclamante como únicos herederos de su hijo fallecido.

II. Por causa del fallecimiento, hay que distinguir: la indemnización al padre y a la madre del paciente es de 3.830,69 € a cada uno; y para los ocho hermanos, 1.460,21 € para cada uno.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede estimar parcialmente la reclamación presentada por el paciente, e indemnizar a sus padres con la cuantía de 3.556,98 €, que deberá distribuirse por mitad entre ambos.

Esta cantidad deberá actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

SEGUNDA.- Procede estimar parcialmente la reclamación formulada por los padres y hermanos del paciente fallecido, el día 22 de octubre de 2021, y reconocerles una indemnización total de 19.343,12 €, que les será distribuida en la forma establecida en la consideración jurídica quinta *in fine* de este dictamen.

Esta cantidad deberá actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

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 27 de abril de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 213/23

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid