

Dictamen n.º: **378/23**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.07.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 13 de julio de 2023, aprobado por unanimidad, 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., D., D., D. y D., por los daños y perjuicios causados por el fallecimiento de su respectiva madre y esposa, Dña., que atribuyen a la asistencia dispensada en el Hospital Universitario La Paz, que consideran retrasó el diagnóstico de un tumor pancreático.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 2 de noviembre de 2021 en el registro del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, dirigido a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, el abogado de las personas mencionadas en el encabezamiento formula reclamación de responsabilidad patrimonial en la que los interesados exponen el desarrollo del procedimiento de diagnóstico y tratamiento que finalizó con el fallecimiento de su familiar.

Los reclamantes explican que la fallecida sufría desde el mes de octubre de 2017 fuertes dolores y molestias abdominales, de modo que el 20 de octubre de 2017 acudió a su médico de cabecera ante la persistencia de tales dolores, que en absoluto se mitigaron o redujeron con el tratamiento médico general prescrito por la citada doctora.

El escrito refiere que durante los meses de diciembre de 2017 y enero de 2018, la fallecida *“percibía continuamente, y así se lo refirió a su entorno familiar, que tenía algo muy extraño en su abdomen, que le provocaba fuerte dolor y que describía como si le arañasen por dentro”*.

Relatan que, con fecha 18 de enero de 2018, acudió nuevamente a su médico de cabecera y le describió exactamente este síntoma, que la doctora recoge escribiendo *“refiere como que le rayan, como si le tocasen la piel del abdomen especialmente en la noche, sensación de calor en el intestino”*, de modo que, tras esta visita, la doctora le prescribe una radiografía, que examina el día 23 de enero y concluye que la radiografía *“no impresiona de patología”*. Los reclamantes indican que la doctora, para disponer de más datos clínicos, derivó a la paciente a una prueba de ecografía de abdomen completo, para la que fue citada el día 6 de junio de 2018.

El escrito continúa señalando que, con fecha 27 de enero de 2018 y habida cuenta de que la paciente padecía unos dolores abdominales muy fuertes desde hacía varios días, que le impedían incluso ingerir alimentos con normalidad, fue llevada por su esposo al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de La Paz, donde los facultativos concluyeron que se trataba de un *“dolor abdominal inespecífico sin datos de alarma”*. Posteriormente, según la reclamación, el 29 de enero de 2018 acudió nuevamente a su médico de cabecera para reiterar sus fuertes dolores, explicando el episodio de atención en Urgencias, y el 6 de febrero de 2018 fue atendida por

el Servicio de Digestivo, que solicitó una gastroscopia, una ecografía abdominal por el protocolo ordinario y un test de aliento para valorar la posibilidad de la presencia de *Helicobacter pylori*.

Los reclamantes exponen que los fuertes dolores abdominales que padecía su familiar no solo no se mitigaban en absoluto con el tratamiento prescrito sino que eran cada vez más graves, imposibilitándole desarrollar cualquier actividad personal o profesional y, dado que las pruebas que le habían prescrito tardarían más de tres meses en realizarse, se vio obligada a acudir a la sanidad privada, dirigiéndose en fecha 9 de marzo de 2018 a una clínica privada. Refieren que en el citado centro sanitario, tras exponerle su historial médico más reciente, la doctora determinó la necesidad urgente de realizar una ecografía abdominal y urológica, que se realizó ese mismo día 9 de marzo de 2018, y que objetivó una lesión sólida en aparente dependencia de la cola del páncreas y múltiples lesiones hepáticas nodulares.

Según el escrito, se le realizó un TAC de tórax, abdomen y pelvis, que determinó la existencia de una lesión en la cola pancreática, con abundante necrosis, que infiltraba y englobaba la glándula suprarrenal por extensión directa, parte del estómago, e hilios esplénico y renal izquierdos; ocasionaba trombosis subtotal de la vena renal izquierda, trombosis de la vena esplénica con circulación colateral secundaria y afilamiento marcado de la arteria esplénica; lesiones hepáticas secundarias bilobares, así como pequeños implantes nodulares de unos 5 mm de tamaño en el hipocondrio izquierdo.

La reclamación relata que, con estos resultados, la paciente acudió al Hospital Universitario Rey Juan Carlos, donde fue ingresada para comenzar de inmediato el tratamiento oncológico, que

resultó del todo estéril, habida cuenta del estadio avanzado de su tumor pancreático.

Los reclamantes señalan que, con fecha 6 de junio de 2018, se le explicó *“para su absoluta desolación e impotencia, pues llevaba meses intentando encontrar solución a sus padecimientos”*, que su enfermedad era terminal y fue remitida a cuidados paliativos, *“dado que el abordaje terapéutico en un estadio tan avanzado es ya imposible e ineficaz, comunicándole que debía haber comenzado el tratamiento mucho antes”*.

Afirman que, con fecha 11 de junio de 2018, la paciente falleció en su domicilio, donde había decidido pasar sus últimos días en compañía de sus familiares. De igual modo, indican que, con la documentación clínica de que disponían, y a fin de averiguar si desde una perspectiva médico legal había indicios forenses de una negligencia médica, encargaron un pre-informe pericial, consistente en estudio de viabilidad médico legal en relación a una posible negligencia profesional en el diagnóstico de la enfermedad tumoral de su familiar, realizado por un médico especialista en Medicina Legal y Forense, en el que se concluye que en el presente caso existe un retraso diagnóstico con pérdida de oportunidad terapéutica, ya que, desde, al menos, el 23 de enero de 2018 no se realizó la ecografía abdominal a pesar de las visitas al médico de Atención Primaria, al especialista en Digestivo y al Servicio de Urgencias.

Los reclamantes reprochan que la doctora de Atención Primaria y el especialista en Digestivo reiteraron la solicitud de la ecografía y, sin embargo, en Urgencias, a pesar de la existencia de un dolor abdominal de causa desconocida y sin diagnóstico etiológico de un mes de evolución, no realizaron la prueba. Señalan que hubiera sido mucho más prudente realizar la ecografía el 27 de enero de 2018, de urgencia, evitando un mayor retraso diagnóstico, de modo que,

cuando se le diagnostica (en la sanidad privada), porque en la pública seguía esperando las pruebas solicitadas, el cáncer ya no es operable ni existe ningún tratamiento curativo posible, restando únicamente la posibilidad de un tratamiento paliativo, pues tal y como se refiere en el estudio adjunto, *“el tumor pancreático suele tener una evolución muy rápida y es fundamental el diagnóstico precoz”*.

El escrito recoge que los familiares de la fallecida consideraron que concurrían indicios forenses que permitían fundamentar la existencia de una posible negligencia profesional en el diagnóstico del tumor pancreático, y presentaron una denuncia por presunto delito de homicidio por imprudencia profesional, del artículo 142.1 del Código Penal, dando lugar a la apertura de las Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 1273/2019, ante el Juzgado de Instrucción nº 46, de Madrid.

Refieren que, en el seno de dicho proceso judicial de instrucción, se emitió un informe médico forense en el que se señala lo siguiente:

“4.- Que la demora de las pruebas médicas a cuatro meses después de la prescripción en la consulta de Digestivo resulta excesiva. Los tiempos de demora de estas pruebas no se encuentran en el ámbito de decisión profesional del médico sino que vienen de la propia organización de la actividad sanitaria pública en la Comunidad de Madrid.

5.- Que el desarrollo tumoral de la paciente (...) muy probablemente habría sido algo menos extenso de haberse detectado en las pruebas solicitadas por la doctora especialista o por la médico del MAP si se hubieran practicado en un tiempo razonable (pocos días después de su prescripción)”.

Los reclamantes indican que el juez instructor dictó, con fecha 10 de julio de 2020, Auto nº 908/2020 por el que se decreta “*el sobreseimiento provisional y el archivo de las presentes actuaciones, sin perjuicio de las acciones civiles y administrativas que, en su caso, puedan corresponder al perjudicado*”, de modo que los perjudicados recurrieron en apelación dicho auto de sobreseimiento, y la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto nº 834/2020, de fecha 16 de noviembre de 2020, acordando desestimar el recurso.

Por todo lo expuesto, los interesados consideran que ha existido una pérdida de oportunidad, y reclaman una indemnización de 25.000 euros para cada uno de los hijos y de 50.000 euros para el esposo.

El escrito de reclamación se acompaña de la copia de un poder general para pleitos, copia del libro de familia, diversa documentación médica, certificado de defunción de su familiar, el denominado “*estudio de viabilidad*”, así como documentación relativa al procedimiento penal sustanciado (folios 1 a 109 del expediente).

Posteriormente, con fecha 16 de noviembre de 2021, y a requerimiento del instructor del expediente, el abogado de los reclamantes, que solo había aportado el poder de representación de tres de los hijos, remitió certificado de inscripción de apoderamiento *apud acta* en el archivo electrónico de apoderamientos judiciales para los otros dos hijos y el esposo de la fallecida.

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

Se trata de una paciente nacida en 1963, sin antecedentes clínicos de interés, que el 18 de enero de 2018 acude al médico de Atención Primaria por dolor abdominal, sin náuseas ni vómitos, sin alteración en la deposición, sin fiebre ni síndrome miccional. En la

exploración abdominal, se objetiva abdomen blando depresible, no doloroso, sin signos de peritonismo. Se solicita radiografía. El 23 de enero de 2018 se valora la radiografía, que no impresiona de patología, y la paciente refiere haber notado sensación de ardor en la boca del estómago ocasional. Se solicita ecografía y se prescribe omeprazol.

Con fecha 27 de enero de 2018, la paciente acude a Urgencias del Hospital Universitario La Paz por dolor periumbilical de 1 mes de evolución, en algunas ocasiones náuseas, sin llegar a vomitar. Sin pirosis ni reflujo gastroesofágico. Sin alteraciones en el ritmo intestinal. Puede expulsar flatulencias de manera normal. No refiere fiebre ni sensación distérmica. No refiere pérdida de peso clara, ni astenia, ni anorexia. Niega otra clínica intercurrente.

En la exploración física: tensión arterial: 115/50: frecuencia cardíaca: 72 lpm; temperatura: 35° C; saturación: 98%. Buen estado general. Bien hidratada y perfundida. Normocoloreada. Eupneica en reposo. Tórax: auscultación cardiopulmonar rítmica sin soplos. Murmullo vesicular conservado, sin ruidos sobreañadidos. Abdomen: ruidos hidroaéreos +, blando, depresible, no doloroso a la palpación superficial y profunda, sin signos de irritación peritoneal. Blumberg y Murphy negativos. No se palpan masas, ni megalias.

Analítica: en rango, salvo fibrinógeno 521 mg/dl (150-450), proteína C reactiva 7,9 mg/l (0,0-3,0), urea 42 mg/dl (15-39).

Se pauta alta a domicilio con las siguientes recomendaciones: paracetamol 1 gramo cada 8 horas, si hay dolor. Puede alternar con Nolotil 575 mg cada 8 horas. Citarse en Digestivo de zona con el informe. Control por su médico de Atención Primaria. Si hay incidencias, volver a Urgencias. Al ser preguntada por el dolor, la paciente refiere no necesitar analgesia y, por ello, no se prescribe. Al

alta refiere astenia y anorexia ligera, que negó al ingreso. Refiere alteración de la voz desde el inicio del dolor.

Con fecha 29 de enero de 2018, acude sin cita a consulta del médico de Atención Primaria, porque ha sido vista en Urgencias por dolor abdominal, que consideran debe ser estudiado por Digestivo.

El 6 de febrero de 2018 la paciente es atendida en Digestivo del Hospital Universitario La Paz, donde acude por dolor epigástrico y ardores de 1 mes de evolución. La analítica de 27 de enero de 2018, sin alteraciones relevantes. Hemostasia normal. Toma omeprazol, que debe suspender 4 semanas antes de la gastroscopia. En la exploración física presenta buen estado general.

Exploraciones complementarias: se solicita gastroscopia con sedación y ecografía abdominal. Juicio clínico/diagnóstico: los previos. Se entrega hoja de recomendaciones para gastroprotección y reflujo. La paciente puede tomar Almax Forte, 1 sobre media hora después de las comidas.

El 9 de marzo 2018 acude a Urgencias del Hospital Universitario Rey Juan Carlos con historia de dolor abdominal epigástrico desde diciembre anterior, con molestias inespecíficas en epi y mesogastrio, y pendiente de consulta y estudios en Digestivo en el Hospital Universitario La Paz.

La paciente refiere que ha acudido ese mismo día por su cuenta a realizarse estudios de imagen a una clínica privada, donde le han realizado un TAC toracoabdomino-pélvico y una ecografía abdominal y urológica, diagnosticándose *"una lesión sólida en aparente dependencia de cola de páncreas, con abundante necrosis que infiltra y engloba la glándula suprarrenal por extensión directa, parte del estómago e hilios esplénico y renal izquierdos. Ocasiona trombosis subtotal de la vena renal izquierda, Trombosis de la vena esplénica*

con circulación colateral y afilamiento marcado de la arteria esplénica. Múltiples lesiones hepáticas nodulares, que podrían estar en relación con depósitos secundarios. Pequeños implantes nodulares de unos 5 mm de tamaño en el hipocondrio izquierdo”.

Se realiza analítica en Urgencias. Hematología: en rango, salvo número total de leucocitos: $13.45 \times 10^3 \mu\text{l}$ (3.5 - 11). INR 1.16 (0.85 - 1.15). Fibrinógeno derivado 490 mg/dl (200 - 400). Bioquímica: sin alteraciones excepto, ALAT (GPT) 5 UI/l (10 - 49), Lipasa 57 UI/l (6 - 51).

Dados los hallazgos referidos, se decide ingreso a cargo de Medicina Interna. Durante el ingreso, la paciente se encuentra asintomática, excepto dolor epigástrico controlado con analgesia con buena tolerancia. Se le realiza analítica, con anemia leve ferropénica, elevación de marcadores tumorales CEA y CA 19.9; se ha puesto heparina por los hallazgos de trombosis, sin sangrado posterior.

Se realiza biopsia de la lesión hepática que es la más accesible, sin complicaciones posteriores. Dada la estabilidad clínica, se procede a su alta, con cita en consulta para recoger el resultado de la biopsia.

Juicio diagnóstico: lesión sólida en aparente dependencia de cola de páncreas, con abundante necrosis que infiltra y engloba la glándula suprarrenal por extensión directa, parte del estómago e hilos esplénico y renal izquierdos. Trombosis subtotal de la vena renal izquierda, Trombosis de la vena esplénica con circulación colateral y afilamiento marcado de la arteria esplénica. Múltiples lesiones hepáticas nodulares, que podrían estar en relación con depósitos secundarios.

Anatomía Patológica: lesión hepática en el lóbulo hepático derecho: cilindro hepático que muestra infiltración por carcinoma con datos morfológicos y perfil inmunohistoquímico, compatible con origen colangio-bilio-pancreático en la muestra remitida.

En consulta de Oncología, se vuelve a explicar el diagnóstico oncológico, extensión, situación curativa, indicación de quimioterapia en escenario paliativo, beneficio potencial, toxicidad asociada, pronóstico esperable. Se explica además la posibilidad de ensayo clínico HALO en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, sujeto a cumplimiento de criterios de inclusión, pues la paciente no corresponde a ese área. Otra opción sería la derivación a su hospital de referencia, el Hospital Universitario La Paz, para realizar allí el tratamiento. Los familiares contactan a través de email, porque desean valoración de inclusión en ensayo clínico HALO en la Fundación Jiménez Díaz. Se contacta con el médico responsable del paciente, quien informa que la paciente continuará en su centro de referencia. Alta por parte del Servicio de Oncología.

Con fecha 6 de junio de 2018, su esposo y 2 hijos acuden a su médico de Atención Primaria con los informes del Hospital Universitario Rey Juan Carlos y el último TAC del mes de mayo, que objetiva un cáncer de páncreas avanzado, tras el diagnóstico el 9 de marzo de 2018.

TAC: voluminosa masa solida tumoral retroperitoneal izquierda que engloba la cola de páncreas que infiltra hilio renal izquierdo, pilar diafragmático izquierdo y glándula adrenal ipsilateral con importante afectación vascular y metástasis hepáticas extensas. Nódulos pulmonares bilaterales, fractura patológica D6, afectación metastásica ósea en cuerpos vertebrales (C6, D6, D7 y L3), afectación metastásica costal bilateral con masa de partes blandas en 3º arco costal posterior izdo.

En una clínica privada le han dicho que es terminal y no quiere morir en el hospital. La paciente fallece el 11 de junio de 2018.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con 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 Centro de Salud Fuencarral, del Hospital Universitario La Paz y del Hospital Universitario Rey Juan Carlos (folios 122 a 395).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 de la LPAC, se ha emitido informe el 20 de diciembre de 2022 por el jefe del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital Universitario La Paz, implicado en el proceso asistencial del familiar de los interesados, en el que se explica que la paciente fue atendida por dicho servicio el 6 de febrero de 2018, fecha en la que, según consta en la historia electrónica de la paciente, se emitió un informe de esa visita, en él se refleja que la paciente refería dolor epigástrico y pirosis de un mes de evolución, sin otros síntomas. El informe indica que se le solicitó una gastroscopia y una ecografía abdominal para estudiar la causa de esos síntomas y que, posteriormente, la paciente no volvió a consultas, ni se supo nada de ella en el Servicio de Aparato Digestivo.

Consta también en el expediente el informe de la coordinadora de Urgencias del mismo centro hospitalario, emitido el 20 de diciembre de 2022, en el que expone el procedimiento establecido para el manejo de del dolor abdominal en Urgencias y señala que *“los signos de alarma para el manejo de este síndrome incluyen: taquicardia, hipotensión, frecuencia respiratoria superior a 30, disminución del nivel de conciencia, distensión abdominal, signos de*

irritación peritoneal, ruidos intestinales ausentes o de lucha, presencia de masas y/o masa pulsátil.... La paciente no presentaba en el momento de la exploración ningún signo ni dato analítico de alarma...”.

Posteriormente, con fecha 28 de diciembre de 2022, emite informe la Inspección Sanitaria que, tras analizar la historia clínica y el informe médico emitido en el curso del procedimiento, así como realizar las consideraciones médicas oportunas, concluye que “*que la asistencia sanitaria dispensada a Dña. ...en Atención Primaria, Servicio de Urgencias y Digestivo del Hospital Universitario La Paz, en 2018, fue adecuada y de acuerdo a la lex artis*”, si bien señala que “*la demora para la realización de la ecografía no se considera aceptable...”.*

Tras la incorporación al procedimiento de los informes evacuados y de la historia clínica, se confirió el oportuno trámite de audiencia a los reclamantes mediante oficio de 22 de marzo de 2023. No figura en el procedimiento que los interesados formularan alegaciones en el trámite conferido al efecto.

Finalmente, el 6 de junio de 2023, se formula propuesta de resolución en la que se acordó desestimar la reclamación formulada al considerar que la asistencia sanitaria prestada fue correcta y ajustada a la *lex artis*.

CUARTO.- El día 8 de junio de 2023 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada con el nº 340/23, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de

dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 13 de julio de 2023.

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 por 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. Actúan por medio de abogado, con poder incorporado al expediente, conferido en escritura pública o, respecto a dos de los hijos y el esposo de la fallecida, aportando un certificado de inscripción de apoderamiento *apud acta* en el archivo electrónico de apoderamientos judiciales. Dicho apoderamiento *apud acta* ante un letrado de la Administración de Justicia no es válido para actuar ante una Administración pública y, de hecho, el propio certificado limita su validez a actuaciones judiciales. Por ello no puede tenerse por acreditada fehacientemente la representación a los efectos del artículo 5 de la LPAC. No obstante, puesto que se ha tramitado el procedimiento, y sin perjuicio de que la Consejería de Sanidad deba requerir la acreditación de esa representación, se procederá a examinar el fondo de la reclamación.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por el Hospital Universitario La Paz, centro sanitario público de su red asistencial.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 de la LPAC el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el presente caso, en el que se reclama por el fallecimiento del familiar de los reclamantes, lo que aconteció el 11 de junio de 2018 (no el “11 de junio de 2019”, como figura erróneamente en la reclamación y en diversos documentos del expediente), dicha fecha

constituye el *dies a quo*. Ahora bien, según resulta del expediente examinado, por los hechos objeto de reclamación los familiares de la fallecida interpusieron una denuncia por la que se siguieron unas actuaciones penales, a las que cabe atribuir eficacia interruptiva de la prescripción.

En efecto, como ya ha dicho esta Comisión Jurídica Asesora en anteriores dictámenes (así nuestro Dictamen 30/17, de 26 de enero, entre otros muchos), haciéndonos eco de la doctrina del Consejo de Consultivo de la Comunidad de Madrid y de la jurisprudencia, la ley ha configurado el plazo como de prescripción, lo que supone que ciertas actuaciones pueden interrumpirlo y, en especial, el ejercicio de la acción penal. En relación a la existencia de actuaciones penales y su posible eficacia interruptiva sobre los procedimientos de responsabilidad patrimonial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la interrupción del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos de existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, en aplicación del principio de *actio nata* -conforme al cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 67.1 de la LPAC.

En este caso, como hemos dicho, los familiares de la fallecida presentaron una denuncia que dio lugar a la tramitación de las Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado 1273/2019, dictándose Auto de 10 de julio de 2020 que acordó el sobreseimiento

provisional y archivo de la causa. Dicho auto fue objeto de recurso de apelación, desestimado por Auto 834/2020, de 16 de noviembre, que, según el escrito de reclamación, fue notificado a los recurrentes el 20 del mismo mes y año (si bien no hay constancia en el expediente de tal notificación).

En todo caso, dada la fecha de esta última resolución judicial, y a la vista de todo lo expuesto, cabe concluir que la reclamación formulada el día 2 de noviembre de 2021 se ha presentado en plazo legal.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha emitido el informe preceptivo previsto en el artículo 81.1 LPAC, esto es, de los servicios de Aparato Digestivo y de Urgencias del Hospital Universitario La Paz, implicados en el proceso asistencial del familiar de los reclamantes. En este sentido, cabe señalar que, si bien la propuesta de resolución remitida parece entender que la reclamación también reprocha la asistencia dispensada en Atención Primaria, tal circunstancia no se deduce del escrito de reclamación y, en consecuencia, no entendemos necesario que se emita informe por parte del Centro de Salud Fuencarral, al existir en el expediente suficientes elementos de juicio para la emisión del presente Dictamen.

También consta haberse solicitado y emitido informe por la Inspección Sanitaria, y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la paciente fallecida. Tras la instrucción del procedimiento se confirió trámite de audiencia a los interesados, que no formularon alegaciones. Por último, se ha formulado la oportuna propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

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 Sentencia 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 sentido

recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas”* constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado *“que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

Ciertamente 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, como ya hemos visto, no es suficiente para declarar la existencia de responsabilidad, por lo que ha de analizarse si concurren los demás requisitos necesarios para apreciarla.

Como hemos visto en los antecedentes, los reclamantes reprochan que los servicios del Hospital Universitario La Paz omitieron la diligencia debida en el tratamiento de la sintomatología que padecía su madre y esposa respectiva, lo que retrasó el diagnóstico de la patología oncológica que padecía y le privó de la oportunidad de beneficiarse de los tratamientos de quimioterapia que

podía haber recibido de haber sido diagnosticado con mayor premura y, con ello, de la posibilidad de haber prolongado su vida.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al marido de la reclamante, debemos partir de lo que constituye 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, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017).

Como es sabido, y así lo destaca, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2020 (recurso 829/2017) *“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”*.

En el presente caso, los reclamantes aportan un *“informe de viabilidad”* en apoyo de sus argumentos, elaborado por un especialista en Medicina Legal y Forense, que considera que ha existido un retraso en el diagnóstico con pérdida de oportunidad terapéutica, pues ya desde el 27 de enero de 2018, cuando la paciente acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario La Paz, debió realizársele la ecografía abdominal efectuada posteriormente en la sanidad privada, y que también fue prescrita por el Servicio de Aparato Digestivo del citado centro hospitalario.

En este punto, y en cuanto a la valoración del citado informe, cabe recordar lo señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (recurso 1002/2013), a cuyo tenor *“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 ...”*.

En este sentido, y a la hora de enjuiciar la práctica médica en el presente supuesto, es preciso distinguir lo concerniente al análisis de la concreta actuación de los distintos servicios implicados en la asistencia a la paciente, en especial el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario La Paz, y lo relativo a la demora en la realización de la ecografía abdominal precisa para un adecuado diagnóstico.

Así, en cuanto al primero de los aspectos, los informes médicos que obran en el expediente, contrastados con la historia clínica examinada, ponen de manifiesto que la asistencia sanitaria dispensada fue conforme a la *lex artis*. En este sentido, resulta relevante lo informado por la Inspección Sanitaria, ya que como hemos señalado reiteradamente, actúa con imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 13 de septiembre de 2018 (recurso no 309/2016). Pues bien, en este caso, la Inspección Sanitaria, en el informe que ha emitido en el curso del procedimiento, partiendo del hecho de que se trata de un cáncer de páncreas cuya *“presentación clínica suele ser tardía, siendo ésta la causa de su diagnóstico tardío y mal pronóstico y variará en función de la ubicación del tumor”* considera adecuada a la

lex artis la actuación de los servicios sanitarios, ante la ausencia de una sintomatología reveladora de la patología concreta que sufría la paciente.

En este punto, conviene recordar que para evaluar la corrección de una concreta práctica médica hay que estar a la situación y síntomas del momento en que se realiza esta. Ello se traduce en que se deben aplicar a los pacientes todos los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento. 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 cada paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología.

Como destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2018 (recurso 75/2017):

“La fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante, lo anterior, respecto al error de diagnóstico es importante advertir que para que este sea generador de responsabilidad es necesario que atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado,

posibilitara alguna oportunidad de curación. En definitiva, es necesario que la falta de diagnóstico, o bien su error o su retraso sea imputable a la Administración y por ello sea determinante de la lesión del derecho del paciente a un diagnóstico correcto en tiempo oportuno”.

En realidad, en este caso, la reclamación incurre en la denominada prohibición de regreso, puesto que enjuicia la actuación sanitaria a partir resultado final del diagnóstico del proceso cancerígeno que afectó al familiar de los interesados.

En este punto, procede tener presente que la asistencia médica ha de atender a las circunstancias y a los síntomas del enfermo, mediante un juicio ex ante y no ex post. Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otras, en Sentencia de 4 de abril de 2017 (recurso 532/2015) 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, los informes incorporados al procedimiento, que no han sido contradichos con prueba alguna aportada por la interesada, permiten entender que no hubo ninguna vulneración de la *lex artis*, sino que se hizo un seguimiento adecuado del paciente por parte de la doctora de Atención Primaria y por parte del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital Universitario La Paz, que prescribieron las pruebas oportunas, y también del Servicio de Urgencias del mismo centro hospitalario, que derivó a la paciente a Digestivo, todos ellos

actuando en función de los signos y síntomas que presentaba en cada momento, ninguno de ellos expresivos de la patología tumoral, en contra de lo que sostienen los interesados.

En especial, respecto de la actuación del Servicio de Urgencias, conviene recordar que, como ha señalado esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en su Dictamen 29/20, de 30 de enero, la función de los Servicios de Urgencias va dirigida a las patologías urgentes. Así se manifiesta el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Esta norma contiene, en su anexo IV, la cartera de servicios comunes de prestación de atención de urgencia, que se define como *“aquella que se presta al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata”* de tal forma que concreta que *“una vez atendida la situación de urgencia, se procederá al alta de los pacientes o a su derivación al nivel asistencial más adecuado y, cuando la gravedad de la situación así lo requiera, al internamiento hospitalario, con los informes clínicos pertinentes para garantizar la continuidad asistencial”*. En el presente supuesto, y ante la ausencia de otra sintomatología, la paciente fue derivada para su adecuado estudio por el Servicio de Aparato Digestivo.

En definitiva, a la luz de los informes incorporados al expediente contratados con la historia clínica y en particular, teniendo en cuenta el relevante criterio de la Inspección Sanitaria, para quien la asistencia sanitaria dispensada fue conforme a la *lex artis*, debemos concluir, a falta de otra prueba aportada por los interesados que desvirtúe dichas afirmaciones, que no se ha acreditado la mala praxis denunciada.

QUINTA.- Cuestión distinta, como ya señalábamos, es la relativa a la demora en la citación para la realización de una ecografía

abdominal que, a la postre, resultó definitiva para un diagnóstico preciso, y donde sí cabe apreciar un daño antijurídico.

En este sentido, coinciden tanto la Inspección Sanitaria como el “*informe de viabilidad*” aportado en considerar excesivo un plazo de más de cuatro meses para su realización, e incluso, el informe médico forense emitido a instancias del Juzgado nº 46 de Madrid en las Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 1273/2019, refiere de modo concluyente lo siguiente: “4.- *Que la demora de las pruebas médicas a cuatro meses después de la prescripción en la consulta de Digestivo resulta excesiva. Los tiempos de demora de estas pruebas no se encuentran en el ámbito de decisión profesional del médico sino que vienen de la propia organización de la actividad sanitaria pública en la Comunidad de Madrid.*

5.- *Que el desarrollo tumoral de la paciente (...) muy probablemente habría sido algo menos extenso de haberse detectado en las pruebas solicitadas por la doctora especialista o por la médico del MAP si se hubieran practicado en un tiempo razonable (pocos días después de su prescripción)”.*

A la hora de valorar la entidad de los perjuicios sufridos, debe tenerse en cuenta, por una parte, que, según reflejan los informes médicos, la evolución de la paciente no hubiera sido mucho mejor aun habiendo iniciado anteriormente el tratamiento, es decir que la pérdida de oportunidad de curación se presenta en un grado apenas relevante, toda vez que, según los diversos informes médicos aportados al procedimiento, en especial el de la Inspección Sanitaria, una detección anterior de la enfermedad apenas hubiera podido influir sobre su evolución. De esta forma, la oportunidad perdida se limita a la posibilidad de que se hubiera podido retrasar en corta medida el fallecimiento del familiar de los reclamantes.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recuerda que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el daño. Es importante señalar que la pérdida de oportunidad 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, por lo que hay que acudir a las circunstancias concretas del caso y su valoración.

Consideramos más acertado reconocer una cantidad global y no aplicar el baremo establecido para los accidentes de tráfico, pues entendemos que los conceptos que se recogen en el baremo no encuentran encaje para indemnizar el caso que nos ocupa. En este punto, cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 306/2013) en la que, en un caso parecido 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 Sentencia de 23 de febrero de 1988, *“las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria”*. Asimismo, el hecho de que el inspector actuante refleje como factores concomitantes al retraso en la realización de las pruebas, la dificultad del diagnóstico y el mal pronóstico de la enfermedad, conlleva la aplicación de un factor de moderación de la responsabilidad patrimonial.

Atendido lo anterior, y que únicamente se está indemnizando el daño moral derivado del fallecimiento del paciente (concretado en la pérdida de oportunidad) según hemos precisado al tratar sobre la legitimación activa, consideramos razonable indemnizar de un modo conjunto a los reclamantes en un importe de 6.000 euros, que debe considerarse actualizado.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, indemnizando a los reclamantes en la cuantía de 6.000 euros, previa subsanación del defecto de representación observado.

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 13 de julio de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 378/23

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid