

Dictamen n.º: **522/23**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **05.10.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 5 de octubre de 2023, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la consejera 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., por los daños y perjuicios sufridos que atribuye a la defectuosa asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario General de Villalba en el diagnóstico de un cáncer de pulmón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) día 14 de octubre de 2021, el interesado antes citado formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos en la asistencia sanitaria prestada en el citado centro hospitalario en el diagnóstico de un cáncer de pulmón (folios 1 a 8 del expediente administrativo).

Según expone el escrito de reclamación, desde el día 28 de julio de 2020 acudió en varias ocasiones al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario General de Villalba con síntomas como esputos con

sangre, tos persistente, dolor en el pecho, fiebre, etc, siendo evaluado por distintos profesionales y haciéndose pruebas y análisis múltiples, sin ser capaces de diagnosticar una cáncer hasta el día 3 de marzo de 2021, fecha en la que fue diagnosticado de neoplasia maligna de tráquea, bronquios y pulmón, cáncer de pulmón estadio IV.

El reclamante refiere que tiene 54 años y dos hijos de 9 y 11 años y que el retraso en el diagnóstico ha sido inaceptable, *“ya que ha dado lugar a que sea inoperable, dejando 7 meses sin diagnosticar una enfermedad tan grave”*.

El interesado cuantifica el importe de su reclamación en 200.000 euros y acompaña su escrito con un informe médico así como copia del escrito de reclamación presentado ante el Hospital General Universitario de Villalba el día 16 de agosto de 2021 en el que solicitan la entrega de todos los informes y pruebas realizadas en dicho hospital.

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

El reclamante, nacido en 1963, sin otros antecedentes de interés más que fumador, desde los 15 años, de 20 cigarrillos al día e intervenido el 1 de junio de 2020 por enfermedad de Dupuytren, acudió el día 28 de julio de 2020 al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario General de Villalba por cuadro iniciado hacía 5 días de tos con escasos restos de sangre roja, especialmente por las mañanas, dolor en hemitórax izquierdo que empeoraba con la tos. No fiebre, ni otros síntomas. No síndrome constitucional. Informaba de que llevaba dos días tomando por su cuenta antibiótico (amoxicilina-clavulánico).

A la exploración la tensión arterial era de 129/74, frecuencia cardíaca: 94, temperatura: 36.1°C y saturación O₂: 95.

La radiografía de tórax realizada mostró infiltrado basal izquierdo y la analítica leucocitosis, por lo que, ante la sospecha de neumonía, se pautó antibiótico.

En la analítica aparecía elevación de reactantes de fase aguda (RFA). Se mantiene al paciente en observación sin que se observen esputos hemoptoicos. Se ofreció ingreso, pero el paciente deseaba tratamiento ambulatorio. Se le explicó *“rigurosamente la necesidad de volver ante empeoramiento, nueva clínica o sangrado, entiende y acepta”*. Se le pautó antibioterapia 7 días (levofloxacino), consulta en Neumología en dos semanas con nueva radiografía y control analítico, así como esputos y *“abandono de hábito tabáquico”*. Se le indicó control por su médico de Atención Primaria en 48 horas, control de GGT y valorar iniciar estudio, si precisa. Se le indicó aislamiento en domicilio hasta conocer el resultado del PCR COVID-19.

Al día siguiente, fue atendido por su médico de Atención Primaria que le atendió por neumonía, informó del resultado de la PCR por COVID-19 negativa y, dada la alta sospecha, fue recitado para repetir el PCR el día 3 de agosto, manteniendo al paciente hasta ese momento en aislamiento.

EL día 5 de agosto de 2020 fue atendido en consulta externa de Neumología, remitido como nuevo desde Urgencias por hemoptisis. Se realizó una radiografía de control y se constató mejoría respecto a la realizada el día 28 de julio anterior, al observarse resuelta la hemoptisis.

“Los esputos desaparecieron desde el día que fue valorado en Urgencias, ha terminado el ciclo ATB pautado. Ha finalizado el tratamiento el día de ayer. Actualmente tos con flemas blanquecinas escasas, sin fiebre sin dolor tx. Niega malestar general. Fuma menos 3-4 cig al día desde hace 10 días. Niega disnea de esfuerzo,

presenta 0mMRC". Se anota la no resolución total de la imagen radiológica que se justificaba porque se había realizado al día siguiente de la finalización del tratamiento (7 días). Se recomendó nueva asistencia médica en caso de empeoramiento y anotó en la historia clínica que no consideraba necesario repetir la radiografía, salvo en caso de empeoramiento. Se le indicó que no debía fumar en absoluto.

El día 28 de septiembre de 2020 el reclamante fue atendido nuevamente en su centro de salud por sospecha de infección por coronavirus. Refería como síntomas tos y se encontraba afebril. Auscultación cardíaca y pulmonar (ACP) normal, saturación O₂: 95%, fumador. Realizada PCR, se informó al día siguiente el resultado negativo.

El día 28 de diciembre de 2020 el paciente fue diagnosticado por su médico de Atención Primaria de herpes zóster. El paciente refería febrícula, tos seca, sensación de falta de aire, dolor torácico en relación a la tosa y flemas amarillas y aparición de lesiones tipo vesículas desde el día 25 de diciembre. La saturación O₂ : 98%. La auscultación pulmonar presentaba murmullo vesicular conservado (MVC), sibilancias dispersas, impresiona soplo tubárico en tercio medio de hemitórax izquierdo. Crepitantes finos en tercio medio de hemitórax derecho. Fumador de 15 cigarrillos días. Fue derivado al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario General de Villalba.

El paciente fue atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario General de Villalba el día 29 de diciembre de 2020. El paciente estaba siendo tratado de herpes zóster y acudía por tos con aumento de expectoración amarillenta asociado a dorsalgia, sin fiebre (36.7°C). El paciente estaba bien nutrido, hidratado y perfundido. En la exploración la tensión arterial (111/70), FC: 100 y saturación de O₂ (98) eran normales. A la auscultación presentaba murmullo vesicular

conservado y sibilancias inspiratorias. Se realizó radiografía de tórax encontrándose infiltrado basal izquierdo por lo que diagnosticó de neumonía. Se pautó tratamiento antibiótico y se derivó a control por su médico de familia, con indicación de volver a Urgencias en caso de empeoramiento.

Al día siguiente, 30 de diciembre, fue visto en consulta por su médico de Atención Primaria, anotando el contenido del informe de Urgencias del día anterior.

El día 19 de enero de 2021 acudió de nuevo a Urgencias *“por presentar desde hace un mes episodios de fiebre, tos y dolor en FII”*. En la exploración la auscultación cardiopulmonar era normal. El abdomen era doloroso a la palpación sin signo de irritación peritoneal. La analítica mostraba leucocitosis. En la radiografía de tórax aparece índice cardiorráquico conservado (ICT), senos costofrénicos (SCF) libres y un tenue infiltrado en base izquierda similar a las anteriores. En ese momento el juicio diagnóstico era de *“neumonía basal izquierda sin parámetros analíticos ni radiológicos de alarma”*.

Al día siguiente, el reclamante fue visto en consulta de su centro de salud, anotándose los resultados de las pruebas realizadas en Urgencias el día anterior.

El paciente volvió al Servicio de Urgencias el 4 de febrero de 2021 por *“fiebre de más de 1 mes de evolución, a predominio vespertino, entre 37.9 y 38.9°, asociado a tos, mocos y malestar general. No mejoría a pesar de ciclos ATB pautados desde este Servicio (ha tomado Levofloxacino 500mg a finales de diciembre, y Amoxicilina/Acido Clavulánico el 19/01)”*.

En la anamnesis se describe empeoramiento de estado general asociado a pérdida de peso y en la exploración se apreciaban

adenopatías cervicales y submandibulares reactivas bilaterales. Con el diagnóstico de neumonía LII de evolución tórpida y fiebre de larga evolución no controlada, probable secundaria, fue dado de alta a domicilio, dejando pedida de manera preferente cita en consultas externas de Medicina Interna para estudio, y, también de manera preferente, solicitó pruebas complementarias: eco abdominal y analítica de sangre y orina.

La radiografía de tórax mostraba opacidad periférica sin patrón intersticial en campo inferior izquierdo.

La ecografía abdominal realizada el día 4 de febrero de 2021 era normal, sin hallazgos significativos.

Se realiza TAC toracoabdominopélvico con contraste intravenoso. En tórax se apreciaba afectación parenquimatosa a nivel de lóbulo inferior izquierdo. Área parcheada de atenuación en vidrio deslustrado-consolidación en el LII.

Tras los resultados del TAC, con el diagnóstico principal de lesión pulmonar a estudio, fue citado para el viernes de 26 de febrero para recoger los resultados de fibrobroncoscopia.

Al día siguiente, 5 de febrero de 2021, el paciente acudió a su médico de Atención Primaria anotándose en la historia clínica el contenido del informe y de las pruebas realizadas.

El día 19 de febrero fue valorado (sin paciente presencial) en consulta de Medicina Interna y se gestionó ingreso para completar estudio por fiebre de predominio vespertino, tos con expectoración y empeoramiento de estado general asociado a pérdida de peso.

El ingreso programado se realizó el día 22 de febrero en el Servicio de Medicina Interna del Hospital Universitario General de Villalba para

completar el estudio. En la analítica seguía apareciendo leucocitosis ($16.930 \times 10^3 \mu\text{l}$). El TAC realizado el 22 de febrero de 2021 mostró lesión sólida parahiliar izquierda, de hasta 58x38mm con obstrucción de bronquio inferior y amplio contacto con pleura mediastínica. Signos de infiltración pleural y pericárdica, con contacto y desplazamiento de aurícula izquierda. Presentaba áreas de cavitación y contenido de aspecto necrótico. Se observaba una segunda lesión nodular en lóbulo inferior izquierdo (LII) de 40mm y cambios de neumonitis obstructiva distal en LII. Enfisema centroacinar difuso en grado moderado. Adenopatías infiltrativas paratraqueales, en hilio izquierdo y subcarinal. Lengüeta de líquido pleural izquierdo. En abdomen no se encontraban imágenes sospechosas: hígado homogéneo sin lesiones focales. Vía biliar no dilatada. Páncreas y glándulas suprarrenales sin alteraciones. Bazo de tamaño conservado sin lesiones focales. Riñones con captación bilateral y simétrica de contraste. Asas intestinales sin engrosamientos ni cambios de calibre. Cavidad abdominal sin líquido. Marco óseo sin lesiones sospechosas. El informe concluía: lesión de aspecto neoformativo parahiliar izquierdo con neumonitis obstructiva y signos de infiltración pleural y pericárdica. Adenopatías hiliares y paratraqueales infiltrativas.

Se procedió al alta el día 23 de febrero, con sospecha de proceso neoformativo y cita para el día 26 de ese mismo mes, para realizar fibrobroncoscopia que mostró el sistema bronquial derecho con signos de bronquitis crónica sin otras alteraciones. *“El bronquio principal izquierdo se encuentra infiltrado por un tejido de aspecto tumoral que obstruye completamente la entrada al LII y deja una luz puntiforme en la entrada al LSI que no permite el paso del broncoscopio. A través de esta estenosis se aspiran secreciones purulentas”.*

Se tomaron varias muestras de biopsia de esta lesión tumoral, que resultan compatibles con carcinoma no microcítico de pulmón.

El día 3 de marzo de 2021 se atendió al paciente en consulta de Neumología donde se solicitaron estudios de extensión: RM craneal por cefalea persistente, ecocardiograma por datos de infiltración pericárdica y se derivó al Hospital Universitario Rey Juan Carlos para realización de PET. Además, se le informó de los resultados y, dados los datos de irresecabilidad por extensión local y probablemente ganglionar, fue remitido a Oncología Médica.

Con fecha 8 de marzo de 2021 fue atendido en la consulta de Oncología Médica del Hospital Universitario General de Villalba se hizo valoración completa y diagnóstica como: *“neoplasia maligna de bronquio y pulmón sin especificar”*, pendiente del informe definitivo de anatomía patológica y PET-TAC. Se solicitó nuevamente RM cerebral. Al día siguiente se realizó ecocardiograma que mostró derrame pleural izquierdo y derrame pericárdico circunferencial moderado.

En marzo de 2021 el paciente fue derivado al Hospital Universitario Puerta de Hierro con diagnóstico de *“carcinoma escamoso de pulmón cT4 (infiltración pericárdica con derrame asociado) cN1 cM1a (estadio IV A 8ª edición por afectación pleural)”*.

Los días 24 y 26 de marzo se le atendió en consulta, se le entregó hoja de bienvenida y se le explicó la situación clínica y la propuesta de tratamiento. El paciente firmó el documento de consentimiento informado y el 30 de marzo de 2021 inició el tratamiento quimioterápico.

El paciente continuó siendo tratado en el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda hasta su fallecimiento el 3 de julio de 2022.

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 (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 de la LPAC, se ha incorporado al expediente un informe, de 22 de noviembre de 2021, del jefe de Servicio de Neumología del Hospital Universitario General de Villalba, en el que señala que el paciente fue evaluado en dos ocasiones. Según el informe:

“La primera fue el 5 de agosto de 2020, para control clínico y radiológico de una neumonía basal izquierda diagnosticada en el Servicio de Urgencias el 27 de julio. Con el tratamiento antibiótico pautado había desaparecido la clínica y la radiografía de control mostraba una mejoría del infiltrado pulmonar con desaparición del pequeño derrame pleural izquierdo. No había una resolución completa porque solo había pasado una semana de tratamiento y este tiempo no es suficiente para la resolución del componente inflamatorio que produce la infección. En la consulta el paciente no refería datos clínicos ni mostraba lesiones radiológicas que hicieran sospechar de la presencia de una lesión tumoral. De todas formas, se recomendó volver a Urgencias o acudir a su médico de Atención Primaria si empeoraba para repetir el estudio radiológico. No fue derivado de nuevo a Neumología hasta el 23 de marzo de 2021 que nos solicitan fibrobroncoscopia para toma de muestras de una lesión con sospecha de malignidad vista en un TC de tórax. Estaba localizada en región parahiliar izquierda, central, con obstrucción del bronquio del lóbulo inferior izquierdo que condicionaba una neumonitis obstructiva distal. Realizamos la broncoscopia diagnóstica y se remitió para manejo terapéutico a Oncología médica con el diagnóstico de carcinoma pulmonar no microcítico localmente extendido”.

Asimismo, consta en el expediente la emisión de informe por el jefe de Servicio de Urgencias del Hospital Universitario General de Villalba que, con fecha 11 de noviembre de 2021, relata la asistencia prestada por el citado servicio los días 28 de julio de 2020, 29 de diciembre de 2020 y 19 de enero de 2021 e indica:

“En las tres primeras visitas a Urgencias, las dos primeras separadas varios meses, los síntomas del paciente y los hallazgos radiológicos indicaban patología infecciosa. Es la mala respuesta antibióticos y la aparición de nuevos hallazgos clínicos en la visita del 4 de febrero de 2021 la que lleva a encaminar el estudio al diagnóstico diferencial con otras patologías”.

Con fecha 28 de diciembre de 2021 el reclamante junto con su esposa actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores, representados por abogado, presenta nuevo escrito en el que solicita una indemnización de 346.449,10 euros, para el cónyuge viudo y sus dos hijos, cuantificando el perjuicio personal básico, el perjuicio patrimonial, tanto por el daño emergente como por el lucro cesante. Alegan que el personal del SERMAS dejó pasar el tiempo y la enfermedad del paciente siguió su curso, al considerar que este tenía una neumonía tórpidas y no consideraban necesario realizar al paciente un TAC de tórax. Además, consideran producida una pérdida de oportunidad porque la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas.

Acompañan con su escrito copia del poder general otorgado por los cónyuges, fotocopia del libro de familia, copia del escrito de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, nuevos informes médicos y copia de la declaración del IRPF del ejercicio de 2020 del paciente.

Por escrito de 29 de agosto de 2022 el representante de los reclamantes comunica el fallecimiento del paciente y solicita que se

tenga a sus representados como personados en el procedimiento y por realizada la sucesión en el mismo. Acompañan con su escrito el certificado de defunción y copia del testamento otorgado por el finado.

El día 14 de febrero de 2023 emite informe la Inspección Sanitaria que, tras analizar la asistencia prestada a el reclamante, concluye:

“Que las actuaciones desde el punto de vista clínico (exploraciones, solicitud, realización e interpretación de pruebas, diagnóstico y tratamiento) se realizaron conforme a la buena práctica siguiendo los esquemas encontrado en la bibliografía y sin que pueda demostrarse pérdida de tiempo que condujera a pérdida de oportunidad.

Que la mala evolución del proceso es debida a la malignidad del proceso oncológico en sí y lo evolucionado de su estado en el momento de presentar la sintomatología sospechosa”.

El informe de la Inspección Sanitaria se acompaña con la historia clínica del paciente en su centro de Atención Primaria.

Notificado el trámite de audiencia al representante de los reclamantes, el día 29 de mayo de 2023, este formula alegaciones para reiterar que ha habido error y consecuente retraso de diagnóstico de carcinoma pulmonar.

Con fecha 3 de marzo de 2023 el viceconsejero de Sanidad y director general del SERMAS formula propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que no existe relación de causalidad entre los daños sufridos y la Administración Sanitaria.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 4 de septiembre de 2023 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 480/23, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 5 de octubre de 2023.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

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 quince mil 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, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, 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.

El reclamante inicial, fallecido durante la tramitación del procedimiento, ostentaba legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al haber recibido la atención sanitaria objeto de reproche. Posteriormente se han personado la mujer e hijos menores del reclamante que reclaman por su fallecimiento, que tuvo lugar –finalmente– el día 3 de julio de 2022. Por tanto, los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP, en cuanto familiares de la persona que recibió la asistencia sanitaria que consideran incorrecta y cuyo fallecimiento les ocasionó un indudable daño moral.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en un centro sanitario concertado con la Comunidad de Madrid, como es el caso del Hospital Universitario General de Villalba. A este respecto esta Comisión viene reconociendo la legitimación de la Comunidad de Madrid en los supuestos en los que la asistencia sanitaria se presta en centros concertados siguiendo el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la de 14 de marzo de 2013 (rec. 1018/2010).

En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2019 (rec. 68/2019) que, tras destacar que la LPAC no recoge una previsión similar a la disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, considera que, en los casos en

los que la asistencia sanitaria a usuarios del Sistema Nacional de Salud es prestada por entidades concertadas con la Administración (como era el caso), se trata de sujetos privados con funciones administrativas integrados en los servicios públicos sanitarios, por lo que no es posible que se les demande ante la jurisdicción civil ya que actúan en funciones de servicio público.

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 responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, confirmado el diagnóstico de carcinoma pulmonar el día 3 de marzo de 2021, no cabe duda alguna de que la reclamación presentada el día 14 de octubre de 2021 por el propio paciente está formulada en plazo.

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 solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 de la LPAC, esto es, al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario General de Villalba y del Servicio de Neumología del citado centro hospitalario.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica y consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria. Después de la incorporación de los anteriores informes se realizó el trámite de audiencia a los interesados, que han efectuado alegaciones.

Por tanto, debe concluirse que la instrucción del procedimiento ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2021 (recurso de casación 8419/2019), 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

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

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las 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”*.

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *“lex artis”* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª) de 23 de febrero de 2022 (recurso de casación 2560/2021), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho tribunal (por todas, sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación núm. 4397/2010) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010)) 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”».

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010)) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta probado en el expediente que el reclamante fue diagnosticado de carcinoma pulmonar el día 3 de marzo de 2021, falleciendo finalmente el día 3 de julio de 2022.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron a la paciente, 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 no aportan prueba pericial que demuestre que la actuación del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario General de Villalba fue contraria a la *“lex artis”*. Frente a la falta de actividad probatoria, el informe de la Inspección Sanitaria indica que las actuaciones desde el punto de vista clínico (exploraciones, solicitud, realización e interpretación de pruebas, diagnóstico y tratamiento) en el Hospital Universitario General de Villalba se realizaron conforme a la buena práctica siguiendo los esquemas encontrado en la bibliografía y sin que pueda demostrarse pérdida de tiempo que condujera a pérdida de oportunidad. Según el médico inspector, la mala evolución del proceso fue debida a la malignidad del proceso oncológico en sí y lo evolucionado de su estado en el momento de presentar la sintomatología sospechosa.

Según el informe del médico inspector, cuando el paciente acudió al Servicio de Urgencias el 28 de julio de 2020 la clínica que presentaba

era de tos con escasos restos de sangre roja que no aparecieron durante la observación en el Servicio de Urgencias. La anamnesis, la exploración física sin componente constitucional, la analítica (leucocitosis) y la radiografía correspondían con el diagnóstico de neumonía, por lo que fue tratada como tal. Además, se le propuso al paciente el ingreso hospitalario, lo que rechazó el paciente al que se le explicó *“rigurosamente la necesidad de volver ante empeoramiento, nueva clínica o sangrado”* y se insistió en el abandono de hábito tabáquico.

Ocho días después, 5 de agosto de 2020, en la consulta de Neumología el paciente negaba malestar. Las flemas eran blanquecinas y escasas y que no había disnea síndrome constitucional. Además, en la radiografía se apreciaba leve mejoría del infiltrado neumónico en LII, con senos costofrenicos libres, lo que se explicaba al poco tiempo transcurrido, considerándose innecesario repetir la placa de tórax, salvo en caso de empeoramiento.

La siguiente consulta corresponde a una atención de Urgencia, tras ser derivado por el médico de Atención Primaria, el 29 de diciembre de 2020. Presentaba tos con expectoración y dorsalgia (en contexto de herpes zoster en tratamiento). La clínica, la exploración y la radiografía correspondían con el diagnóstico de neumonía por lo que se trató como tal. Por lo tanto, se considera acorde a la buena praxis.

Por lo que se refiere a la asistencia prestada el día 19 de enero de 2021 nuevamente por episodios de fiebre, tos y dolor en fosa iliaca izquierda. Se realizó exploración encontrándose abdomen con dolor a la palpación de forma difusa, sin signos renales ni de irritación peritoneal, realizándose analítica, gasometría, radiografía de abdomen, radiografía de tórax y TAC abdominopélvico.

Según manifiesta el informe de la Inspección Sanitaria, aunque, conocido el posterior diagnóstico, pudiera parecer que en ese momento

tendría que haberse llegado al proceso tumoral, *“es cierto que el estudio se realizó profundamente y las pruebas que se realizaron eran las oportunas de acuerdo a la sintomatología presentada”*. Realizadas las pruebas de imagen, la siguiente prueba a realizar hubiera sido la broncoscopia, pero señala el médico inspector que *“es una exploración no exenta de riesgos, (en un momento en el que la propia permanencia en el hospital tenía el riesgo sobreañadido de la pandemia por COVID-19) y los resultados que se habían obtenido eran tan suficientemente orientadores hacia la existencia de neumonía, que no se consideró necesaria”*.

Destaca el médico inspector que la duración del proceso, junto a nuevos hallazgos como el empeoramiento del estado general asociado a pérdida de peso, aparición de adenopatías cervicales y submandibulares reactivas (que podrían deberse también a una neumonía de evolución tórpida) inclinan al facultativo a sospechar un proceso subyacente y, por tanto, a solicitar de manera preferente cita en consulta de Medicina Interna y pruebas complementarias (realizados los días 19, 22 y 23 de febrero de 2021). A partir de ese momento se siguió el proceso de clasificación, tipificación y extensión del tumor para en función del estadio se proponga el tratamiento.

Como ya indicamos, entre otros, en los dictámenes 171/19, de 22 de abril y 87/20, de 27 de febrero, es evidente que el diagnóstico clínico es un proceso sumamente complejo, que se realiza en función de los síntomas que presenta cada paciente y de la manifestación de los mismos, que permiten al facultativo decidir la realización de pruebas diagnósticas que, a su vez, perfilan el diagnóstico final.

En este sentido, como destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de enero de 2022 (procedimiento 640/2018):

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

El error de diagnóstico es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración, por incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso a conocimiento de la práctica médica. Ahora bien, no todo error de diagnóstico da lugar a responsabilidad y ha de insistirse en que, para que ello suceda, es necesario que como consecuencia del error no se haya procurado al paciente la asistencia sanitaria exigible”.

En este punto cabe recordar, como hemos señalado reiteradamente, que lo que procede es un empleo de medios ordinarios y diligencia para cerciorarse de los diagnósticos que se sospechen, sin

que se exija la realización de todas las pruebas diagnósticas que pudieran llevarse a cabo, sino las adecuadas a los síntomas que presente el paciente, para su correcto tratamiento inmediato, derivación o seguimiento. Traemos a colocación también lo expresado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2017 (recurso 133/2014) cuando señala que *“los servicios médicos sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin más indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas y múltiples patologías sin que los síntomas que se tengan exijan su realización”*.

Por tanto, debe concluirse como pone de manifiesto el informe de la Inspección Sanitaria, que en la asistencia sanitaria prestada al reclamante está acorde a la *lex artis*.

Conclusión a la que debemos atenernos dado que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de 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 4 de junio de 2021 (recurso nº 507/2018):

“...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada al no haberse acreditado la existencia de mala praxis ni relación de causalidad entre los daños sufridos y la asistencia sanitaria prestada al paciente.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 5 de octubre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 522/23

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid