

Dictamen n.º: **391/24**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.06.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de junio de 2024, 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 la abogada de Dña. (en adelante, *“la reclamante”*), por los daños y perjuicios sufridos, que atribuye a la deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, al entender que la amputación del fémur a la que hubo de someterse se produjo por error en el diagnóstico de un liposarcoma mixoide.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito formulado por la abogada de la persona citada en el encabezamiento de este dictamen, presentado el 11 de noviembre de 2021 en el registro del Servicio Madrileño de Salud.

La reclamante refiere de inicio que, con fecha 7 de julio de 2020 presentó denuncia penal por los mismos hechos, que dieron lugar a la incoación de las Diligencias Previas 1139/2020 en el Juzgado de

Instrucción nº17, de Madrid, finalizando el procedimiento a instancia de la denunciante y decretándose el sobreseimiento y archivo de las actuaciones penales mediante Auto de fecha 18 de mayo de 2021.

El escrito indica que la reclamante, con 61 años en el momento de los hechos, había sido intervenida en dos ocasiones en el año 2001 de un liposarcoma (tumor maligno) en el miembro inferior izquierdo, motivo por el que recibió seguimiento periódico conjunto por los servicios de Oncología Radioterápica y Traumatología en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz.

La reclamante relata cronológicamente su evolución clínica desde que, con fecha 7 de julio de 2018, acudió al Servicio de Urgencias de Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz por presentar dolor continuo a nivel inguinal derecho de características mecánicas, que aumentaba al inicio del ejercicio y se aliviaba en reposo, hasta que el día 16 de abril de 2019 fue sometida a una intervención quirúrgica bajo anestesia raquídea, procediéndose a enclavado profiláctico endomedular de fémur derecho con clavo Gamma largo y se remitieron muestras para biopsia (análisis anatomopatológico).

Afirma que los facultativos del citado centro sanitario incurrieron en mala praxis médica en la atención dispensada ya que nos encontramos ante una lesión maligna tumoral que no se estudió de forma completa antes de realizar un enclavado endomedular sobre la misma, lo que conllevó un crecimiento exponencial del tumor, propiciado también por el hecho de que desde mayo de 2019 existía el resultado de la biopsia, que indicaba que se trataba de un tumor maligno de alto grado y este resultado no se valoró por Traumatología hasta agosto de 2019, evolucionando la lesión durante ese tiempo.

El escrito adjunta un informe médico pericial, realizado por una especialista en Medicina Forense y Traumatología, del que se extraen los siguientes reproches contra la atención sanitaria recibida, derivados

del retraso en el diagnóstico y tratamiento del liposarcoma sufrido por la reclamante en el miembro inferior derecho:

1. Se realizó una cirugía mucho más agresiva, extirpando partes blandas con mayores secuelas físicas, pues, *“ante la gran proliferación intra y extraósea de la lesión, la única alternativa terapéutica posible en ese momento (sin contar la amputación del miembro) era realizar una agresiva cirugía ósea extirpando todo el fémur y colocando una prótesis de reconstrucción tumoral que abarca de cadera a rodilla”*.

2.-Si se hubiera realizado un estudio diagnóstico completo precoz y se hubiera *biopsiado* la lesión antes de colocar un clavo sobre la misma, la cirugía del tumor realizada hubiera sido drásticamente menos invasiva (*“recordemos que en la resonancia realizaba no se evidenciaba afectación de partes blandas, es decir la lesión era amplia, pero estaba localizada a nivel óseo”*) y hubiera bastado extirpar la lesión con buenos márgenes.

3.- Es probable que por la localización también se hubiera tenido que extirpar todo el fémur (*“es dudoso únicamente con las radiografías saber si la rodilla estaba afectada, pero impresiona que los cóndilos estaban preservados y desde luego no se evidenciaba afectación en la zona tibial”*), por lo que, hipotéticamente, según se afirma, podría haberse conservado al menos parte de la rodilla y las partes blandas en todo caso.

4.- Falta de una biopsia preoperatoria para conocer la lesión. No se hizo antes de la intervención.

5.-Cirugía mal planificada: se procedió a un enclavado del fémur sin conocer la lesión que afectaba a la paciente, activándose el tumor.

6.-Retraso en valorar los resultados de Anatomía Patológica. Según la reclamante, desde el mes de mayo, en que consta que los anatomopatólogos informaron de que lo que tenía la paciente era un liposarcoma, no fue informada ni se trató la lesión tumoral hasta el día 2 de septiembre. La reclamante reprocha que, pese a numerosas consultas en Urgencias por empeoramiento clínico y las consultas con el propio traumatólogo que la operó, nadie fue capaz de recabar el informe anatomopatológico y trasladar a la paciente que tenía un tumor que era urgente operar y tratar.

La reclamante solicita una indemnización por importe de 429.345,23 €, con el siguiente desglose:

Perjuicio personal básico: 89.761,96 €

- Valoración de secuelas: 57.651,36 €.

- Pérdida temporal calidad de vida: 14.158,21 €.

- Perjuicio excepcional 25%: 17.952,39 €.

Perjuicio personal particular: 200.000 €.

- Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida por secuelas: 100.000 €.

- Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares de grandes lesionados: 100.000 €.

Perjuicio patrimonial: 139.171,98 €.

Daño emergente total: 411,29 €.

Con la reclamación se adjunta la escritura de poder en favor de la abogada de la reclamante, diversa documentación médica, una copia de

la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia y determinación del programa individual de atención., el informe médico pericial ya aludido y documentación relativa a las diligencias penales sustanciadas (folios 1 a 260 del expediente administrativo).

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

La paciente presentaba, como antecedentes médicos, dos intervenciones en el año 2001 de un liposarcoma en el miembro inferior izquierdo, por lo que tenía revisiones periódicas en los servicios de Traumatología y de Oncología Radioterápica del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, desde esa fecha.

Así, fue intervenida el 20 de febrero de 2001, realizándose resección tumoral (tumoración de 12x5 cm). El informe anatomopatológico recoge *“un liposarcoma mixoide, que alcanza la superficie quirúrgica, recubierto parcialmente por capsula fibrosa, pero con invasión de la grasa periférica en algún punto, que alcanzaba la superficie de resección”*.

Con fecha 27 de marzo de 2001, se procedió a la reintervención. Resección compartimental para ampliar los bordes, objetivándose anatomopatológicamente ausencia de restos tumorales. Se pauta un ciclo de radioterapia externa de 9 de mayo a 30 de junio de 2001.

En marzo de 2016, la paciente solicita a su médico de Atención Primaria valoración por Traumatología, siendo vista el 1 de abril de 2016. Paciente intervenida de liposarcoma mixoide en el miembro inferior izquierdo en 2001, en dos ocasiones; en fase de remisión completa en ese momento. Refiere molestias con la deambulación prolongada y al subir escaleras, estando en situación de incapacidad temporal hace 3 meses (dado su trabajo de ayuda domiciliaria).

Exploración: miembro inferior izquierdo con atrofia de cuádriceps, rodilla con ligero derrame articular, dolor tricompartmental, flexo-extensión completa. Rodilla derecha con ligera tumefacción y dolor en la interlínea articular.

Se realiza resonancia magnética que se compara con la previa de 23 de octubre de 2008: *“cambios fibrociatricos en cara externa del tercio distal de fémur izquierdo, sin alteraciones que sugieran recidiva tumoral. Alteración difusa de la señal de la medula ósea de la diáfisis de fémur derecho, sin cambios respecto a estudio previo”*. Se recomienda evitar bipedestación mantenida y deambulación prolongada, y coger pesos. Hacer ejercicios de potenciación muscular, como pedaleo suave y ejercicios en piscina. Alta en Traumatología y seguimiento por su médico de Atención Primaria.

Con fecha 7 de julio de 2018, la paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz por presentar dolor continuo a nivel inguinal derecho, de características mecánicas, que aumentaba al iniciar ejercicio y se aliviaba en reposo. En Urgencias le realizan una radiografía de cadera y fémur, que evidencia lesiones líticas en el fémur. Se le da el alta, indicando que se valoraría el caso en sesión clínica de Traumatología y pautando Tramadol y paracetamol.

El 9 de julio de 2018, se valora el caso en sesión clínica de Traumatología, indicando reposo y realización de una resonancia magnética nuclear.

Con fecha 17 de julio de 2018, se realiza resonancia magnética de muslo y cadera izquierda y derecha (se compara con la realizada el 13 de febrero de 2014), informando: *“sin signos de recidiva tumoral en muslo izquierdo. Lesión ósea en fémur derecho, que se extiende desde región intertrocanterea hasta diáfisis distal, sin cambios significativos respecto a estudio previo del 2014, sugestivo de displasia fibrosa. Lesión*

ósea en sacro distal de las mismas características que la del fémur derecho, también compatible con displasia fibrosa”.

El 25 de julio de 2018, la paciente acude a consulta de Traumatología, donde el facultativo que revisa la resonancia le explica que las lesiones líticas que se observaban son una displasia fibrosa. Le explica que el dolor inguinal y trocantéreo derecho es de probable origen lumbar, prescribiendo rizólisis.

Con fecha 7 de agosto de 2018, acude de nuevo a Urgencias por presentar dolor continuo a nivel inguinal derecho, sin irradiación a miembro inferior, de características mecánicas, de un mes de evolución, sin mejoría con los analgésicos que le habían pautado (Tramadol y paracetamol). El diagnóstico es de dolor de características mecánicas no filiado. Se pauta continuar con el mismo tratamiento, subiendo la dosis de Tramadol.

El 16 de octubre de 2018, se realiza rizólisis: infiltración epidural bajo control radiológico, y control por Traumatología en 8-12 semanas.

Con fecha 26 de diciembre de 2018, acude a consulta de Traumatología, refiriendo mejoría parcial del dolor tras la infiltración, manteniéndose el dolor a nivel inguinal. El traumatólogo le explica que el dolor probablemente era debido a la displasia fibrosa, que adelgazaba la cortical de la región subtrocantérea y amenazaba fractura, por lo que recomienda cirugía correctora consistente en colocar un clavo óseo que impida la fractura de forma profiláctica, simultáneamente con toma de biopsia de la lesión.

La paciente no desea operarse en ese momento, por lo que se cita en 3 meses, con radiografía.

El 3 de abril de 2019, la paciente acude nuevamente a consulta de Traumatología, comentando un empeoramiento clínico del cuadro doloroso, y su deseo de operarse, por lo que se programa el enclavado quirúrgico del fémur derecho para el día 16 de abril, tras valoración de la paciente en sesión clínica.

Con fecha 16 de abril de 2019, es sometida a la intervención quirúrgica, procediéndose al enclavado óseo endomedular de fémur derecho, con clavo gamma largo, tomando muestra de biopsia que se remite a Anatomía Patológica. La paciente permanece ingresada hasta 22 de abril, cursando alta, con radiografía a las seis semanas.

El 21 de mayo de 2019 se emite informe de Anatomía Patológica de la muestra ósea del fémur derecho, tomada el día 16 de abril: *“lesión compatible con liposarcoma mixoide de alto grado (liposarcoma de células redondas)”*.

Con fecha 27 de mayo de 2019, la paciente acude de nuevo a consulta de Traumatología, tras la intervención quirúrgica. Se realiza radiografía de control, con buena evolución y control en 6 meses.

El 22 de junio de 2019, la paciente acude a Urgencias del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz por presentar molestias en la zona de la cicatriz quirúrgica y dolor de 10 días de evolución, a nivel posterior del muslo, que aumentaba con el movimiento. Le realizan radiografía de fémur derecho, observándose: *“clavo gamma normoposicionado, sin cambios respecto a radiografía previa”*. Se diagnostica dolor en el miembro inferior derecho de características mecánicas y se aconseja reposo, frío local y, como analgesia, paracetamol y metamizol.

Con fecha 1 de julio de 2019, la paciente acude de nuevo a Urgencias, refiriendo dolor articular en la cadera derecha, que comienza al retirar una de las dos muletas que llevaba desde la intervención, sin

traumatismo ni esfuerzo previo. A la exploración se observa: *“dolor a la presión del trocánter de fémur derecho y fascia lata adyacente. Deambulación antiálgica. No dolor inguinal”*, diagnosticando posible trocanteritis. Se indica adelanto de la cita con Traumatología, pautándose tratamiento con Zaldiar y Nolotil.

El 6 de agosto de 2019, la paciente vuelve a Urgencias, con dolor articular, a pesar de la medicación pautada en la anterior visita. Se le da el alta con ajuste de medicación y cita preferente en Traumatología, con diagnóstico de coxalgia en paciente intervenida de displasia fibrosa.

Con fecha 28 de agosto de 2019, la paciente acude de nuevo a consulta de Traumatología, explicando el empeoramiento clínico: desde hace mes y medio ha empeorado el dolor y la inflamación a nivel trocantéreo. Se le pide analítica por posible infección. Se anotan los resultados de la biopsia postquirúrgica: liposarcoma mixoide de alto grado, que, según el facultativo, no estaba disponible en la anterior consulta de 27 de mayo, y así lo hace constar en la historia clínica de la paciente.

El 2 de septiembre de 2019, se revisa la analítica solicitada por Traumatología: VSG 88, PCR 1,5 y Hb 10. Se piensa en el posible crecimiento extraóseo del tumor. Se pide resonancia magnética y estudio de extensión tumoral.

Con fecha 4 de septiembre de 2019, se realiza resonancia magnética de ambos muslos, objetivando: *“cambios postquirúrgicos con fijación gamma en fémur derecho, sobre lesión agresiva, y gran masa de partes blandas adyacente a la región superior del clavo femoral, en relación con extensión tumoral de su liposarcoma, ya conocido”*.

El 5 de septiembre de 2019, se realiza TAC toraco-abdominal, que evidencia: *“material de osteosíntesis en fémur derecho. Masa en región*

glútea derecha de 16 cm, en relación con la enfermedad de base del paciente, liposarcoma mixoide. Sin signos de afectación metastásica distal”.

Con fecha 6 de septiembre de 2019, la paciente acude de nuevo a consulta de Traumatología, explicándole el traumatólogo la necesidad de ser operada para resección tumoral y colocación de megaprótesis de fémur derecho, programando la intervención para el día 12 de septiembre. El citado día, es intervenida, realizándose una amplia resección tumoral y exéresis de fémur completo, sustituyéndolo por una prótesis total de fémur, con cúpula bipolar, malla de polipropileno para reanclaje muscular, y faja de cadera para las movilizaciones.

En el posterior informe anatomopatológico consta: *“liposarcoma mixoide de alto grado, grado 3. Tumor de 16x12x9 cm. Índice mitológico: 20 mitosis/ 10 CGA. Necrosis tumoral, con extensión del 30% del volumen tumoral. No se observa invasión linfovascular. Márgenes de resección: se encuentra rodeado de una pseudocapsula de tejido conectivo que corresponde con el margen quirúrgico. Se observa tumor a menos de 1 mm de los márgenes de resección anterior, posterior y profundo”.* La paciente cursa alta hospitalaria el día 10 de octubre de 2019.

El 14 de octubre de 2019, la paciente acude a consulta de Oncología Médica, explicándole el oncólogo la necesidad de quimioterapia adyuvante y radioterapia, comenzando la pauta indicada. Con fecha 26 de diciembre de 2019, finaliza los 4 ciclos de quimioterapia pautados.

Con fecha 11 de febrero de 2020, la paciente es reintervenida, por presentar infección de la herida quirúrgica (seroma postquirúrgico adyacente a la cicatriz), realizándose limpieza, desbridamiento y toma de muestras, cursando alta el día 17 de febrero, retirando los puntos el día 11 de marzo de 2020. Se pauta radioterapia y tratamiento rehabilitador.

El 4 de noviembre de 2020, la paciente es dada de alta en Rehabilitación, por haber alcanzado “*techo terapéutico*”, recomendándole mantener siempre al menos una muleta, por la persistencia de limitación del balance motor de musculatura flexora/abductora. La paciente presenta como secuelas: limitación de movilidad, con importante claudicación en la marcha. Dolor constante en muslo y pierna derecha, que aumenta con la bipedestación mantenida y la sedestación mantenida. Imposibilidad de caminar por terreno irregular. Dolor de características neuropáticas en el miembro inferior derecho. Pérdida de fuerza y movilidad en la cadera derecha, prácticamente en anquilosis. Pérdida de autonomía personal, requiriendo ayuda de terceras personas para las actividades esenciales de la vida diaria, como aseo y ducha, habiéndosele reconocido una gran invalidez por el INSS y una discapacidad del 51%, con ayuda a la dependencia, por la Comunidad de Madrid.

Además, la paciente sufre un trastorno depresivo reactivo a su situación física de incapacidad funcional, en grado moderado, que requiere tratamiento farmacológico.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se incorporó al expediente la historia clínica y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, se aportó también el informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, emitido el 12 de mayo de 2022, quien relata la atención sanitaria dispensada a la reclamante en dicho servicio y, entre otras consideraciones, refiere que “*es importante resaltar que la displasia fibrosa de fémur puede manifestarse por dolor en ingle y en muslo, de*

manera que en este caso síntomas, signos clínicos y pruebas de imagen del paciente eran coherentes y se correspondían con el diagnóstico de displasia fibrosa ...El caso se presentó además en el Comité de Tumores Musculoesqueléticos del hospital, donde se confirmó el aspecto benigno y antiguo de la lesión y no se recomendó realizar la biopsia”.

Posteriormente, con fecha 5 de julio de 2023, se emite informe por parte de la Inspección Sanitaria que, tras examinar la historia clínica, los informes emitidos en el curso del procedimiento y efectuar las oportunas consideraciones médicas, indica que *“hubo una demora de 3 meses en el diagnóstico anatomopatológico del tumor, por fallo en el sistema, y que supuso una pérdida de oportunidad a la paciente, aunque no fuera significativa ni en cuanto a tratamiento quirúrgico/oncológico, ni en cuanto a las secuelas sufridas, dada la patología”.*

Concluida la instrucción del procedimiento, y mediante sendos oficios de 18 de marzo de 2024, se da traslado del expediente para alegaciones a la reclamante y al centro sanitario concertado. El 26 de marzo de 2024, la reclamante presenta escrito, refiriendo que no efectúa alegaciones toda vez que el actual procedimiento se encuentra ya judicializado en la tramitación del PO 996/2023, que se sigue ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estando el Servicio Madrileño de Salud pendiente de contestación a la demanda.

Por su parte, el centro sanitario concertado, por medio de su gerente, realiza alegaciones mediante escrito presentado el 13 de mayo de 2024, en el que, a la vista de los informes emitidos en el curso del procedimiento, considera acreditado que la actuación de sus facultativos fue adecuada a la *lex artis*.

Finalmente, con fecha 17 de mayo de 2024, la viceconsejera de Sanidad y directora general del Servicio Madrileño de Salud, formula una propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación

formulada, reconociendo a la reclamante una indemnización total de 20.000 €.

CUARTO.- El 28 de mayo de 2024 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen en relación con la presente reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente 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 27 de junio de 2024.

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 de la consejera 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, dado que este procedimiento se incoó

a raíz de la reclamación formulada con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en cuanto que es la persona que recibió la asistencia sanitaria que considera incorrecta. Actúa por medio de abogada, con poder conferido al efecto y obrante en el expediente.

Se cumple la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, en el ámbito del concierto suscrito con la Comunidad de Madrid. A este respecto, esta Comisión viene reconociendo en numerosos dictámenes (222/17 de 1 de junio, 72/18 de 15 de febrero y 219/18 de 17 de mayo), 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 (recurso 1018/2010).

En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2019 (recurso 68/2019), 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 requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas (artículo 67.1 de la LPAC).

En el caso examinado, la reclamante fue intervenida quirúrgicamente el 12 de septiembre de 2019, y no fue hasta el 4 de noviembre de 2020 cuando fue dada de alta en Rehabilitación, por haber alcanzado *“techo terapéutico”*. Además, los hechos por los que se reclaman fueron objeto de las diligencias previas incoadas por el Juzgado de Instrucción nº 17, de Madrid, por denuncia de fecha 7 de julio de 2020, procediéndose al archivo mediante Auto de 18 de mayo de 2021.

En consecuencia, habiéndose interrumpido la prescripción por la existencia de un procedimiento penal y reiniciándose su computo una vez concluida la misma, ninguna duda cabe sobre la presentación en plazo de la reclamación el día 11 de noviembre de 2021.

En cuanto al procedimiento, se ha recabado informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, implicado en el proceso asistencial de la reclamante, y también ha emitido informe la Inspección Sanitaria. Posteriormente, se ha dado traslado del expediente a la reclamante y al centro sanitario concertado para alegaciones y se ha dictado la correspondiente propuesta de resolución.

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.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución Española, a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son

precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que, por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria 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, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración*

de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado”.

CUARTA.- La reclamante reprocha en su escrito que hubo un retraso en el diagnóstico de un liposarcoma mixoide en su miembro inferior derecho por parte de los facultativos de la sanidad pública, y ello, tal y como afirma, provocó que se realizara una cirugía mucho más agresiva, extirpando partes blandas con mayores secuelas físicas, En este sentido, también alega que no fue informada ni se trató la lesión tumoral hasta el día 2 de septiembre de 2019, a pesar de que, ya en mayo del mismo año, Anatomía Patológica había advertido que lo que tenía la paciente era un liposarcoma.

Por tanto, en este caso, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios y la determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al diagnóstico de la enfermedad y si los facultativos implicados en el proceso asistencial del paciente actuaron conforme a la *lex artis* se convierte en la cuestión a examinar.

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.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación 2228/2014) destaca que *“la asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las*

técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y es precisamente lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugerían, desde el punto de vista médico, las diferentes dolencias del recurrente”.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 9 de marzo de 2017 (núm. de recurso 203/2014), manifestó que *“en lo que específicamente se refiere al diagnóstico de las enfermedades que los pacientes padecen, la garantía de medios comporta que se utilicen los medios disponibles coherentemente con los síntomas y signos que presenten, y con la información relevante que faciliten”.*

Además, 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. En este punto cabe traer a colocación 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”.*

Para determinar la supuesta infracción de la *lex artis* debemos partir de la regla general de que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

de 5 de junio de 2017 (recurso 909/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es, por tanto, la reclamante quien han de probar mediante medios idóneos que la asistencia prestada no fue conforme a la *lex artis*, entendiendo por medios probatorios idóneos según la Sentencia de 15 de noviembre de 2018 del Tribunal Superior de Madrid (recurso: 462/2017) *“los informes periciales e informes técnicos incorporados a los autos y al expediente administrativo, pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y en los cuales necesariamente debe apoyarse el tribunal a la hora de resolver las cuestiones planteadas”*.

Pues bien, en este caso la reclamante ha incorporado al procedimiento un informe médico pericial, realizado por una doctora especialista en Medicina Forense y en Traumatología, que determina la existencia del retraso alegado. También el informe de la Inspección Sanitaria incorporado al expediente, tal y como señalábamos anteriormente, considera que hubo un cierto retraso, pero no en el diagnóstico en sí, sino en comunicar a la reclamante el resultado de la biopsia realizada e instaurar el procedimiento terapéutico oportuno. En consecuencia, discrepan ambos informes en cuanto a la importancia del retraso y sus eventuales consecuencias para la evolución clínica de la paciente, lo que, como ahora veremos, influye en la determinación de la pérdida de oportunidad concreta que se ha producido en el presente proceso asistencial.

Ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013) manifiesta que *“las*

pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado (...)” y “no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...)”.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2022 (rec. núm. 77/2019) señala que *“en estos casos es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen”.*

En el presente caso, en una valoración conjunta de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, hemos de coincidir con el informe de la Inspección Sanitaria, no solo por la objetividad, profesionalidad e imparcialidad que se presume del ejercicio de sus funciones [así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de mayo de 2023 (recurso nº 627/2021), entre otras] sino por su mayor rigor argumental y el análisis pormenorizado que realiza de la

práctica médica a tenor de los datos que obran en la historia clínica del paciente.

Además, cabe señalar que el informe médico pericial aportado por la interesada incurre en la denominada “*prohibición de regreso*”, puesto que enjuicia la actuación sanitaria a partir resultado final del diagnóstico del proceso clínico que afectó a la reclamante, interpretando en tal sentido los marcadores analíticos y los diferentes síntomas que cronológicamente iba presentando la paciente.

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 el mismo sentido, cabe recordar, respecto de la fase del diagnóstico, que es doctrina reiterada de este órgano consultivo, con base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha de estarse a los síntomas del paciente en cada momento. En este punto, se reprocha la ausencia de un diagnóstico inmediato por parte de los facultativos que atendieron a la reclamante. Frente a tal reproche, es preciso recordar que, como destacan las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2018 (recurso 75/2017) y de 31 de enero de 2019 (recurso 815/2016): “*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”.

Pues bien, la Inspección analiza inicialmente la atención sanitaria dispensada en relación en julio de 2018, fecha en que el perito médico de la reclamante considera que, en un primer momento, debió realizarse un TAC y una gammagrafia para ver el tipo de lesión, y afirma, al igual que el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del centro hospitalario, que los datos clínicos y la prueba de imagen eran coherentes con el diagnóstico de displasia fibrosa y que, además, el caso se presentó en el Comité de Tumores Musculoesqueléticos del hospital, confirmando el aspecto benigno de la lesión, de modo que no se recomendó realizar biopsia.

En definitiva, según la Inspección, *“se trataba de una lesión ya conocida y estable, que nunca había dado síntomas, por lo que Traumatología busco otros posibles orígenes del dolor, por lo que se hizo estudio de columna lumbar y se hizo una infiltración epidural... En ese momento, con una evolución favorable, tras 17 años del tumor primitivo, con lesión ya conocida a nivel femoral y con informe concluyente de la resonancia magnética, se actuó correctamente; no había ningún dato sospechoso de lesión maligna, siendo corroborado incluso por el Comité de tumores del Hospital”*.

Por otro lado, respecto a la intervención para el enclavado del fémur, la reclamante reprocha la falta de una biopsia preoperatoria para conocer la lesión y, además, considera que es una cirugía mal planificada, pues se procedió a ella sin conocer la lesión que afectaba a la paciente, activándose el tumor.

Al respecto, la Inspección Sanitaria explica que *“la cirugía de enclavado óseo intramedular es la indicada y correcta en el caso de la displasia fibrosa de fémur sintomática, como era el caso de la paciente”*, de modo que *“no se hizo biopsia preoperatoria debido a la apariencia benigna de la lesión ósea según la RNM, y la clínica, ya que, además, la biopsia es un procedimiento agresivo, que se consideró innecesario”*.

De igual modo, el informe pericial de parte indica que fue incorrecto hacer la biopsia al enclavar, ya que en este acto quirúrgico hay que fresar y manipular el hueso, lo cual puede activar y diseminar una lesión maligna. La Inspección considera correcta tal afirmación, si bien *“... lo que sucede es que en ese momento no se pensaba en absoluto en una lesión maligna, con los datos clínicos y de imagen que se tenían”*, es decir, la Inspección, en el mismo sentido ya indicado anteriormente, incide en que la argumentación de contrario incurre en la denominada *“prohibición de regreso”*, juzgando la actuación sanitaria en función del diagnóstico posterior.

Por el contrario, la Inspección Sanitaria, en sintonía con lo alegado por la reclamante, considera que el informe anatomopatológico tras la biopsia intraoperatoria debió verse y valorarse antes, de modo que, tal y como afirma, *“es cierto que pudo haberse causado un perjuicio a la paciente por la demora en el diagnóstico del liposarcoma, ya que, según la historia clínica, el informe de la biopsia estaba en el sistema el día 21 de mayo del 2019 y no fue visto y valorado por Traumatología hasta 3 meses más tarde, el 28 de agosto del 2019”*.

Nos encontraríamos, en un principio, y sin perjuicio de las matizaciones que realizaremos a continuación, ante un supuesto de pérdida de oportunidad que se caracteriza *“(…) por la incertidumbre acerca de si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente”* [Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2018 (Rec. 976/2016)].

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene recogiendo el concepto de pérdida de oportunidad admitido por el Tribunal Supremo. Así la Sala madrileña en su Sentencia de 23 de junio de 2022 (Rec. 880/2020) recuerda las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero y de 3 de diciembre de 2012, en las que, remitiéndose a la de 27 de septiembre de 2011 que, a su vez, se refería a otras anteriores, definía la pérdida de oportunidad sobre la base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 según la cual: *“La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, 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. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable...”

Ahora bien y para el caso que nos ocupa, la citada sentencia precisa que *“...en definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente (FD 7º)”*.

En este sentido, y en el presente caso, el propio informe de la Inspección Sanitaria reconoce que *“es muy posible que incluso con un diagnóstico de 3 meses de antelación, se hubiera tenido que realizar la exéresis completa del fémur derecho, al igual que el tratamiento radioterápico y quimioterápico, así como las secuelas sufridas, pero la paciente perdió la oportunidad de diagnóstico más precoz, y tal vez la cirugía de partes blandas hubiera sido menos agresiva, con la consiguiente ligera mejora de funcionalidad del miembro inferior derecho”*.

En relación con la valoración de dicha pérdida de oportunidad, 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, del

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 la 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 en sus conclusiones como factor determinante de la evolución clínica de la paciente la propia entidad de la patología sufrida por la reclamante, que hubiera en todo caso obligado a una exéresis completa del fémur derecho, al igual que el tratamiento radioterápico y quimioterápico, conlleva la aplicación de un factor de moderación de la responsabilidad patrimonial, de modo que entendemos adecuada la cantidad de 20.000 euros que contempla la propuesta de resolución, que se considera ya actualizada.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada, indemnizando a la reclamante en la cantidad global y actualizada de 20.000 euros.

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 junio de 2024

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 391/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid