

Dictamen n.º: **616/24**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **10.10.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 10 de octubre 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 Dña., Dña. y D., (en adelante “*los reclamantes*”), por el fallecimiento de Dña., madre y esposa respectivamente, que atribuyen a un retraso en el diagnóstico del cáncer de pulmón en el Centro de Salud Reyes Magos y en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, de Alcalá de Henares.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de enero de 2023, se presenta por la primera de las personas citadas en el encabezamiento, una reclamación de responsabilidad patrimonial, por el fallecimiento de su familiar, el 2 de febrero de 2022. Posteriormente, y a requerimiento del instructor, se presenta la citada reclamación firmada por todos los reclamantes.

En el escrito se señala que la paciente tenía un hábito tabáquico desde los 16 años y antecedentes de cáncer de pulmón en su familia, conocidos por sus médicos de cabecera.

Continúa refiriendo su historial médico, partiendo de una consulta en su centro de salud el 23 de octubre de 2019, por un episodio de infección aguda del aparato respiratorio; después, alude a una atención en Urgencias el 5 de agosto de 2020, en la que se le hizo una radiografía de tórax; y finalmente, pone de manifiesto la detección a finales del año 2020, de un cáncer de mama, y la mastectomía realizada el 23 de febrero de 2021, y se reprocha que pese estos antecedentes, no se derivara a su familiar a Neumología.

En cuanto al cáncer de pulmón, refiere que su sintomatología de “*sentirse cansada y con sensación de falta de aire al respirar*” se agrava en el invierno, por lo que fue al centro de salud a Urgencias, y a la consulta el mismo día 27 de diciembre de 2021, siendo el juicio clínico “*probable EPOC no diagnosticada e IRA*”. Después, relata episodios en Urgencias en el hospital y en su centro d salud, hasta que, en la radiografía de tórax, el 13 de enero de 2022 se objetiva la “*una masa de 10 x10 cm de diámetro con signo de la silueta el cayado de la aorta de localización izquierda que estaría en relación con masa mediastínica (...)*” y a continuación, se produce el ingreso hospitalario.

Reprochan que se produjo un retraso en el diagnóstico del cáncer de pulmón, lo que impidió un tratamiento adecuado de la enfermedad; aluden a que su familiar dio positivo por Covid el 20 de enero de 2022, por lo que fue trasladada a la planta Covid del Hospital Universitario Príncipe de Asturias (en adelante, el hospital), y el trato recibido fue “*deficiente y degradante*”, que se le impuso un ayuno a criterio médico, que llevó a la paciente a una situación de debilidad, y que queriendo abandonar el centro hospitalario, no se le permitió.

Finalmente, que su familiar falleció el día 2 de febrero de 2022, a consecuencia de la mala praxis por el retraso de diagnóstico (desde el 27 de diciembre de 2021 hasta el 13 de enero de 2022), según se acredita con un informe pericial que adjuntan.

Los reclamantes señalan que pese a la sintomatología que ya presentaba la paciente, no le fueron realizadas las pruebas adecuadas, reprochando ese retraso en el diagnóstico y, además, un trato “*inadecuado y degradante*”.

Por ello, entienden que se dan los requisitos legales y jurisprudenciales para exigir responsabilidad patrimonial y solicitan que se les indemnice con un total de 293.737,70 €.

Se aportan como documentos, copia de los DNI de la fallecida y de los reclamantes, certificados de nacimiento, e informes médicos del hospital (folios 1 a 70 del expediente).

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto, en síntesis, los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- La paciente, nacida en 1955, presenta antecedentes familiares de cáncer de mamá, y como antecedentes personales, un hábito tabáquico desde los 16 años y padeció un cáncer de mama detectado en el año 2020, resuelto el 23 de febrero de 2022, con una mastectomía total izquierda, realizada en el hospital.

El día 27 de diciembre de 2021, es atendida por el médico de Urgencias del centro de salud “Reyes Magos” de Alcalá de Henares, por tos crónica que ha empeorado en las últimas dos semanas. El diagnóstico es bronquitis aguda con broncoespasmo “*mujer de 66 años fumadora (IPA 100), no valorada nunca en Neumología o realizada espirometría. Refiere tos productiva de larga evolución con empeoramiento en las últimas dos semanas. Afebril. Disnea de medianos esfuerzos*

Además, es valorada por el médico de cabecera con el juicio clínico de “*probable EPOC no diagnosticada. IRA. Plan: tratamiento con Azitromicina (...). Cito para ver evolución y valorar derivación a Neumología*”.

La paciente es citada para consulta en el centro de salud, el día 3 de enero de 2022. Tras la anamnesis y la exploración clínica, se cambia el tratamiento y se solicita una radiografía de tórax preferente. “*desde hace un mes, tos y disnea, continua con expectoración mucopurulenta, roncus aislados, SAT 97-98% Plan: pido RX, TTO y tras esto derivar a Neumología*”.

El día 11 de enero de 2022 a las 15:11 horas, acude al hospital a Urgencias (folios 300 y ss.) por dolor abdominal. «*Mujer de 66 años con los antecedentes descritos que consulta por dolor en hipocondrio derecho tipo cólico de dos días de evolución. Asocia sensación nauseosa y vómitos biliosos. Cuenta estreñimiento de larga data, ha tomado laxantes logrando realizar deposición. Niega fiebre. No STUI hematuria, dolor en fosa renal ni otra sintomatología urológica. Cuenta disnea de larga evolución en relación a bronquitis crónica, acaba de terminar ciclo de antibiótico con cefuroxima por cuadro de vías altas*”.

“*La EF está completamente normal, se encuentra HD estable. No hallazgos analíticos de alarma. La clínica se controla de forma aceptable con analgesia. Se decide alta con tto sintomático*”.

Es atendida de nuevo en el centro de salud el 12 de enero, por un dolor abdominal. La exploración clínica y ecografía abdominal, sin signos de gravedad, “*estando a la espera del resultado de la radiografía de tórax que se realizará el día siguiente, 13/01/2022*”.

El 13 de enero de 2022, acude al centro de salud para la radiografía de tórax: se observa una masa de 10x10 cm de diámetro con signo de la silueta el cayado de la aorta del lado izquierdo (...) tras

lo cual, se la recomienda acudir inmediatamente a Urgencias del hospital, para el estudio de la masa pulmonar.

2.- La paciente acude ese mismo día a Urgencias del hospital “*por persistencia clínica, es derivada a la urgencia para valoración Motivo de la consulta: asma*”. En la anamnesis, manifiesta tos desde aproximadamente un mes, con flema asociada en la última semana. Sensación disneica con los esfuerzos moderados. Disminución del apetito. “*Vista por MAP que trata con Azitromicina y luego Cefuroxima ciclos completos*” (folios 304 y ss.). Se repite la Rx Torax:

“*Se observa una masa de 10 x10 cm de diámetro con signo de la silueta el cayado de la aorta de localización izquierda que estaría en relación con masa mediastínica. Está produciendo pérdida de volumen del pulmón izquierdo. Además, ensanchamiento de la línea paratraqueal derecha y de la línea de la ácigos, también podría haber adenopatías a ese nivel. Recomendamos la realización de TAC torácico, la última radiografía de 17 de diciembre del 2020, era normal*”, según el informe de Radiología, emitido el 13 de enero de 2022 (folio 309).

El diagnóstico es masa mediastínica a estudio, “*cita en NEUMOLOGIA 17/02/22 a las 10.10 h en el centro de especialidades*” (folio 307). Se cursa el ingreso hospitalario el día 14 (folios 276 y ss.) a cargo del Servicio de Medicina Interna.

La paciente permanece ingresada y se le realizan analíticas y pruebas diagnósticas, entre otras, el día 17, TC toraco-abdomino-pélvico: “*hígado aumentado de tamaño con múltiples LOES compatibles con metástasis, la de mayor tamaño de 2 cm (...)*”. TAC cervical: “*medialización de la cuerda vocal izquierda, compatible con parálisis. No se observan captaciones patológicas en los espacios viscerales del cuello. Múltiples adenopatías subcentimétricas en los distintos compartimentos cervicales. Glándulas parótidas y submaxilares, sin alteraciones*”.

Tiroídes de tamaño normal con nódulos bilaterales, el de mayor tamaño 7 mm". TAC torácico: "gran masa hilar izquierda con extensión mediastínica y al segmento anterior del LSI según se describe en el estudio, compatible con neoplasia pulmonar primaria, como primera posibilidad. LOES hepáticas, en glándulas Parálisis de cuerda vocal izquierda. suprarrenales, riñón izquierdo y lesiones óseas agresivas". Se toma biopsia bronquial: "fragmentos de mucosa bronquial con infiltración focal por un carcinoma. Derrame pleural izdo".

El día 19, se le realiza una broncoscopia flexible: "engrosamiento mucosa bronquial difuso árbol izquierdo".

El 20 de enero, se recibe el resultado de la PCR COVID-19. "La paciente da positivo en covid en la mañana, se pide el traslado a la sexta planta, la paciente decide pedir el alta voluntaria, pero el familiar no se hace responsable y no quiere firmar el alta y se decide sea trasladada a planta covid".

El día 21, el facultativo responsable de Medicina Interna atiende a la paciente y realiza interconsulta al Servicio de Cardiología, para la realización de ecocardioscopia: derrame pericárdico global moderado.

El día 25, se reciben los resultados de Anatomía Patológica de la biopsia bronquial realizada con la fibrobroncoscopia, con diagnóstico de carcinoma microcítico.

El día 28, interconsulta a Oncología: "Pendiente negativización de PCR, para valorar traslado a nuestro servicio para valoración de tratamiento quimioterápico paliativo en función de la situación de la paciente, dada la extensión de la enfermedad y mal pronóstico. Si empeoramiento clínico en relación con derrame pericárdico, comentar el caso con UCI para valoración". Ese día, nueva asistencia a la paciente por el facultativo de Medicina Interna.

El diagnóstico principal es: cáncer microcítico de pulmón con extensión mediastínica y diseminación hepática, en glándulas suprarrenales, riñón izquierdo y ósea. Derrame pericárdico moderado-severo sin signos de taponamiento en la actualidad. Infección COVID.

El 29 de enero, a las 22:27 horas: “*presenta tos y ligero esfuerzo respiratorio. Coloco gafas nasales a 2 litros por minuto. SatO2 alrededor 91-92%*”.

El 30 de enero: “*...mantiene saturaciones aceptables con gafas nasales. Se aprecia cierta disnea aumentada tras los ataques de tos y saturaciones algo justas por lo que se incrementa el flujo de 2 a 3 l. Se recibe llamada de su hija muy nerviosa al teléfono, gritando y amenazando con llamar a la policía a mi compañera por no querer dar información médica de la paciente, se informa que va en contra de la política del hospital y que si quiere información puede hablar directamente con su madre que está perfectamente consciente y orientada. Se informa a la paciente de la llamada de su hija, la cual no entiende su comportamiento y pide perdón por ella*”.

El día 31, a las 12,30 horas: se pauta dieta basal en ayunas para la realización de un TAC. “*La hija llama en dos ocasiones y en la segunda llamada recepcionada por compañera de la Unidad, nos amenaza. Se presenta en el hospital pero le deniegan la entrada. A las 14,35 horas, la paciente no quiere comer porque está muy cansada de la situación de aislamiento. Enfermería habla telefónicamente y por video llamada con las hijas explicándole que la situación actual es estable dentro de la gravedad*”.

Se le pauta sueroterapia, y se explica que ante la situación de persistencia de positividad de COVID, los familiares no pueden estar con la paciente. A las 22:31 horas, se anota “*escasa ingesta en la merienda y cena*”.

El 1 de febrero, la enfermera encuentra a la paciente taquipneica, anota “está muy deprimida y se niega a comer”. A las 14,30 horas «“avisan de Medicina Interna por empeoramiento respiratorio importante de la paciente desde esta mañana. Se realiza ecocardiograma objetivándose derrame pericárdico severo. Se valora a la paciente y se comenta situación y pronóstico de la paciente a su familia. Pendiente de valoración por UCI de la posibilidad de drenaje pericárdico”.

“Se realiza V-SCAN objetivando derrame pericárdico severo con taponamiento cardiaco. El pronóstico que determina Oncología es infausto incluso con tto quimioterápico”. “Se avisa a UCI para valorar tcardiocentesis, pero viendo el pronóstico infausto y el escaso beneficio que se le va a proporcionar se decide no realizar dicho procedimiento”. Consta anotado que se habla con los familiares y del probable desenlace de muerte. Se inicia perfusión con morfina» (folios 249 y 250).

La paciente recibe la visita autorizada de sus familiares esa tarde, por la madrugada se administra mórfico 3mg, y fallece a las 5.10 horas del día 2 de febrero de 2022 (folio 251).

3.- Se iniciaron en el Juzgado de Instrucción nº 2, de Alcalá de Henares, las diligencias previas nº 137/22; y se dictó auto de sobreseimiento, el 21 de marzo de 2022. Tras la interposición de un recurso de apelación contra aquél, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, se dictó Auto 354/2024, de 2 de abril, que confirma el anterior (folios 339 a 349).

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme a la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Se significa que, por el secretario general del Servicio Madrileño de Salud, se acordó, el 25 de abril de 2023, la suspensión del

procedimiento de responsabilidad patrimonial hasta la finalización del proceso penal.

Por escrito de la asistencia letrada de los reclamantes de 20 de mayo de 2024, se comunica el final de procedimiento penal y se adjunta el auto firme. En consecuencia, por acuerdo de 29 de mayo de 2024, se levanta la suspensión y se reanuda el procedimiento.

Se ha incorporado al expediente administrativo la historia clínica de la paciente en el hospital y en el centro de salud. Por éste último, la facultativa responsable informa que en la historia clínica de Atención Primaria “*no consta ninguna consulta por clínica respiratoria (tos, disnea, dolor torácico ...) desde el 23/10/2019 hasta el 27/12/2021*”.

Y que como parte del estudio del cáncer de mama se realiza una radiografía de tórax el día 17 de diciembre de 2020 informada: “*no se observan alteraciones radiológicas significativas*”. Y que esta radiografía “*no fue solicitada por clínica respiratoria y no se observa la imagen que aparece en la radiografía de tórax del 13/01/2022, 13 meses después*”.

Se han emitido los informes por los servicios afectados, de los que se destacan los siguientes particulares:

- Informe del Servicio de Urgencias, que refiere las atenciones dispensadas a la paciente el 11 de enero y el 13 de ese mes del año 2022, en que quedó hospitalizada.
- Informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia, cuya actuación no es objeto de reproche alguno.
- Informe del Servicio de Oncología, refiriendo que “*el 26/01/2022 contestamos interconsulta de dicha paciente recientemente diagnosticada de carcinoma de pulmón diseminado. Posteriormente, el 01/02/2022 reevaluamos la situación. Dada la persistencia de PCR*

positiva, y su mal estado funcional con ECOG 3-4 no se consideró susceptible de tratamiento oncológico activo en dicho momento”.

- El informe del Servicio de Medicina Interna, enfatiza en que se realizaron a la paciente todas las actuaciones diagnósticas y terapéuticas necesarias a su estado. Se incluyeron pruebas de imagen, endoscopia respiratoria, anatomicopatológicas, microbiológicas y bioquímicas. Que dado el contexto de Covid, se realizaron PCR y la del 20 de enero de 2022 dio positiva y se actuó conforme al protocolo establecido; se trasladó a la paciente a una planta Covid, y que su situación se agravó con un derrame pericárdico severo. Por último, que la hija de la paciente presentó una queja el 1 de febrero de 2022, la cual fue debidamente contestada, incidiendo en que por el Servicio de Oncología se manifestó la imposibilidad de iniciar tratamiento quimioterápico durante la fase aguda actual de la infección Covid, hasta que la paciente no diera negativo en Covid.

El emite informe la Inspección Sanitaria el 15 de enero de 2024 (folios 315 y ss.) en el que analiza la reclamación formulada, refiere los hechos averiguados extractados de la historia clínica de la paciente en Atención Primaria y en el Hospital, realiza diversas consideraciones médicas y en particular, compara adjuntando pantallazos, la radiografía de tórax de 17 de diciembre de 2020 con la de 13 de enero de 2022 y “*se comprueba por la inspección que el 17 de diciembre de 2020 la radiografía de tórax no era sugerente de ningún proceso tumoral*”.

Que la única anotación en Atención Primaria que consta antes es la de 25 de octubre de 2019 por episodio de infección respiratoria aguda: “desde hace un mes *tos con expectoración blanquecina, congestión nasal y picor en la garganta. Afebril. Plan: ingesta abundante de líquidos, lavados nasales (...)*”. Y que, en adelante, no hay más consultas en relación a infección respiratoria.

Más de 2 años después, el 27 de diciembre de 2021 consulta por sintomatología respiratoria, se le pauta tratamiento además de electrocardiograma, toma de tensión y descartar infección Covid. En las Navidades de 2021 las Urgencias de Atención Primaria y hospitalarias estaban colapsadas por la variante Omicron.

Vuelve a consultar por persistencia de síntomas respiratorios 6 días después, de ellos 2 festivos (Año Nuevo el día 1, el día 2 era domingo). El mismo día 3 de enero de 2022 se le prescribe radiografía de tórax. Y diez días después, el 13 de enero de 2022, se dispone de radiografía de tórax y del diagnóstico de masa mediastínica a filiar, y ese mismo día es ingresada en el hospital.

La inspectora concluye “*que la asistencia sanitaria prestada en Atención Primaria y Especializada a Dña. ... entre diciembre de 2021 y febrero de 2022 se ajustó a los conocimientos de la medicina en esas fechas. Los tiempos de respuesta para pruebas diagnósticas y tratamientos fueron mucho menores que los de la media de la Comunidad de Madrid a pesar de las adversas circunstancias epidemiológicas*”.

Una vez incorporados los anteriores informes, se concede trámite de audiencia a los reclamantes, que por escrito presentado el 2 de julio de 2024, formulan alegaciones, en las que reiteran y reproducen lo aducido en su reclamación inicial, considerando que no se realizaron las pruebas necesarias para el pronto diagnóstico del carcinoma de su familiar, centran sus críticas en el informe de la Inspección, concluyendo que con arreglo al informe pericial aportado con su reclamación, sí ha habido retraso de diagnóstico.

Finalmente, se formuló el 10 de julio de 2024, propuesta de resolución en la que propone desestimar la reclamación al no haberse

acreditado mala praxis en la asistencia sanitaria y no ser antijurídico el daño alegado.

CUARTO.- La consejera de Sanidad formula preceptiva consulta que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 13 de agosto de 2024, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos (expediente 562/24), a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, que formuló la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada en el Pleno de este órgano consultivo en la sesión referida en el encabezamiento de este dictamen.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

SEGUNDA.- Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la LPAC en relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en cuanto que familiares de la persona que recibió la asistencia sanitaria que consideran incorrecta, y cuyo fallecimiento les ocasionó un indudable daño moral.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó por el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, que forma parte de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC.

En este caso, considerando que el fallecimiento de la paciente aconteció el 2 de febrero de 2022, la reclamación formulada el 27 de enero de 2023 está realizada –en todo caso– en plazo.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Constan incorporados la historia clínica de la paciente tanto del centro de salud como del hospital implicado y el informe de los servicios a los que se imputa la producción del daño, conforme el artículo 81 de la LPAC, así como el informe de la Inspección Sanitaria.

También figura la concesión del trámite de audiencia de acuerdo con el artículo 82 de la LPAC, con la presentación de escrito de alegaciones y finalmente, la propuesta de resolución, que ha sido remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

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.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), y de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) 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 sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal.
- c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que exista 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 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”*.

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 producido.

Ahora bien, 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* 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.- Aplicando los requisitos anteriores al caso objeto de dictamen, resulta acreditado el fallecimiento de la esposa y madre de los hoy reclamantes, que les provoca un “*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 de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-).

La existencia de un daño, sin embargo, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial sanitaria por lo que ha de analizarse si concurren o no los demás requisitos necesarios.

Así, 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, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el caso que nos ocupa, se reprocha un retraso en el diagnóstico del cáncer de pulmón que sufrió su familiar y además, una mala atención asistencial durante el tiempo que estuvo ingresada, con un trato que califican de degradante.

Así las cosas, y empezando por esto último, es de advertir que esta supuesta mala praxis ya ha sido resuelta con una resolución judicial firme en el orden penal.

En efecto, el Auto de 2 de abril de 2024 (cfr. antecedente de hecho segundo punto 3 de este dictamen) en el que se confirma el auto de sobreseimiento del juzgado de instrucción, analiza estos hechos, incorporando al procedimiento el informe de médico forense que analizó y resolvió las cuestiones que ahora –en vía de responsabilidad patrimonial– se plantean. Su fundamento jurídico cuarto es cristalino:

“Con base en el informe médico forense, el Juzgado de Instrucción acuerda el sobreseimiento provisional al considerar que en tal informe se concluyó que se pusieron a disposición de la paciente todos los medios necesarios para llegar a un diagnóstico, se aplicaron todos los tratamientos necesarios, evitando el

encarnizamiento terapéutico y teniendo en cuenta los beneficios de la paciente y los de la terapia, conclusiones que disipan cualquier duda sobre conducta delictiva de personal sanitario, aunque la recurrente y la autora del dictamen pericial aportado discrepen o cuestionen, ello sin perjuicio del derecho a reclamar ante otro orden jurisdiccional si lo consideran procedente. Asimismo, considera la magistrada a quo, que la situación descrita por la recurrente tampoco tiene encaje en los delitos de detención ilegal y trato degradante por mucho que se manifestara por la paciente la voluntad de solicitar el alta y ello fuera denegado por criterios médicos, o la paciente o su familia considerasen que estaba recibiendo un trato humillante u hostil, o que hubiese cambios de criterio médico que les generase sensación de inseguridad.

Tales razonamientos expuestos en la resolución recurrida se consideran acertados. En el informe forense de 28 de febrero de 2022 se describen las pruebas de imagen, anatomía patológica y estudio cardiaco a que fue sometida la paciente (radiografías, TAC, broncoscopia, ecocardioscopia, PCRs), así como el diagnóstico de carcinoma microcítico con extensión mediastínica y diseminación hepática, en glándulas suprarrenales riñones y ósea, incluyendo un velamiento completo de hemicárdico izquierdo y un derrame pericárdico moderado severo que desemboca en un taponamiento cardiaco, junto a una insuficiencia renal aguda el día previo al fallecimiento, que se produce el 2 de febrero de 2022 a las 05:10 horas, que se produce a consecuencia de fallo cardiaco y respiratorio. Se concluye en el informe médico forense que se realizaron numerosas pruebas para la identificación de la masa mediastínica dando como resultado un cáncer de pulmón con metástasis, produciéndose durante su ingreso un agravamiento de su patología de base que dio lugar a su fallecimiento, con considerar el resultado de un empeoramiento de un cáncer de pulmón.

avanzado con metástasis multiorgánicas que acabaron desembocando en un fallo cardíaco y respiratorio no compatibles con la vida, entendiendo que se han puesto a disposición de la paciente todos los medios necesarios para llegar a un diagnóstico y se han aplicado todos los tratamientos necesarios, evitando el encarnizamiento terapéutico y teniendo en cuenta el pronóstico de la paciente y los beneficios de la terapia. Por lo tanto, no existen indicios de delito relacionados con la actuación médica, ni de abandono de la paciente”.

Por lo demás, el citado fundamento continúa refiriendo episodios de la historia clínica relativos al tratamiento respiratorio, a la dieta pautada, al traslado a planta Covid y sus consecuencias, y concluye:

“De los comentarios de evolución de la paciente, resulta no solo que se pusieron a disposición todos los medios disponibles adecuados a la situación de la paciente, cuyo pronóstico era infiusto y sufrió un empeoramiento rápido de su situación clínica, sino también que se informaba a los familiares y se intentaba no causar sufrimientos faltos de utilidad a la misma, la cual estaba bajo la influencia de una situación agónica, con el desánimo y sufrimiento a la misma aparejados, comprensiblemente extensible a sus familiares. Ninguna de las decisiones médicas –así la instauración de una puntual dieta para realización de pruebas, el traslado a planta Covid y otras- obedeció a otros criterios que no fueran los estrictamente profesionales, decisiones que se hubieron de ir adaptando al rápido empeoramiento de la situación de la paciente, evitándole sufrimientos innecesarios”.

Pues bien, aun cuando solo los hechos declarados probados por una sentencia judicial firme del orden jurisdiccional penal son vinculantes, y ahora estamos ante un auto de sobreseimiento, este órgano consultivo no puede dejar de poner de manifiesto que en el

citado proceso penal de instrucción se ha analizado la posible existencia de una negligencia médica y el resultado ha sido claro y bien fundamentado en derecho sobre la base de la historia clínica y el informe forense: no hubo tal negligencia.

Por tanto, en la resolución penal firme sobre los hechos que nos ocupan ahora (excepto el retraso del diagnóstico) ha quedado constancia suficiente de que la actuación sanitaria prestada al familiar de los reclamantes fue correcta y que no hubo ningún trato degradante. Por lo que hemos de estar a este criterio del médico forense ratificado en un proceso penal y avalado por la Sala en el auto de sobreseimiento firme.

Esta Comisión es plenamente consciente de las diferencias entre la responsabilidad penal, la civil derivada del delito y la responsabilidad administrativa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de marzo de 2019 (recurso 408/2018) pero -tal y como ya dijimos en el dictamen 267/24, de 16 de mayo- no considera conforme a la seguridad jurídica que una jurisdicción (en este caso, la penal que tiene carácter prevalente por el artículo 44 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) considere que unas personas no han actuado de forma imprudente y en un procedimiento administrativo se valore la *lex artis* (que no deja de ser un criterio culpabilístico) de forma diferente.

QUINTA.- En consecuencia, ha de analizarse el pretendido retraso de diagnóstico del cáncer, que los reclamantes lo cifran en 17 días, desde la radiografía de tórax el 27 de diciembre de 2021 en el centro de salud, hasta la detección de la masa tumoral el 13 de enero de 2022 en el hospital. En apoyo de su tesis, aportan un informe pericial de 15 de diciembre de 2022, de una médica especialista en Anatomía Patológica y con un máster en valoración del daño corporal, dictamen que ya fue

aportado en su día al proceso penal y valorado como prueba pericial de parte.

Analizaremos este reproche a la luz del expediente administrativo, muy en particular, de la historia clínica de la paciente referida de forma detallada en el antecedente de hecho segundo de este dictamen y, además, comprobada y visionada por la Inspección Médica, visionando en Horus las pruebas diagnósticas; así como, de los informes emitidos por los servicios médicos actuantes, todo ello desmiente el reproche de los reclamantes.

i- Por lo que se refiere a la actuación de los facultativos del centro de salud, no hay reproche alguno que se sustente. En primer lugar, porque con base a las anotaciones de los episodios abiertos, y frente a las alegaciones de la perita de parte de síntomas respiratorios anteriores, es lo cierto y seguro que la paciente no fue al médico de Familia hasta el 27 de diciembre de 2021, manifestando clínica de infección respiratoria aguda en noviembre y desde hace dos semanas disnea de medianos esfuerzos. Como avala la Inspección, la actuación es correcta, iniciándose el tratamiento con azitromicina y citándola el 3 de enero siguiente “*PARA VER EVOLUCIÓN Y VALORAR DERIVACIÓN A NEUMOLOGÍA*”. Ese día 3 de enero, como persisten los síntomas, se pide la radiografía con carácter preferente –que resultará decisiva en el diagnóstico-, se pone tratamiento y “*tras esto, derivar a Neumología*”. Es decir, la doctora de Familia, pide la prueba diagnóstica oportuna, a cuyo resultado se estará para derivar al especialista. En contra de lo señalado en la reclamación, sí se llegó a dar cita en Neumología en hospital, prevista para el 17 de febrero de 2022, a las 10.10 horas como hemos visto en la historia clínica.

Por lo demás, tal y como recalca tanto el informe del centro de salud como la Inspección, no hay ningún episodio anterior al 27 de diciembre de 2021 de síntomas respiratorios. Se incide en que el único

episodio abierto antes fue en la consulta de 23 de octubre de dos años antes: 2019, por tos con expectoración blanquecina en una paciente fumadora desde los 16 años.

ii- La cuestión del pretendido retraso se resuelve por la Inspección de una forma clara, precisa y contundente, con el visionado comparativo de las radiografías de tórax (folios 327 y 328). En efecto, la radiografía realizada el 17 de diciembre de 2020, (previa a la consulta en Atención Primaria), se hizo por motivo de las revisiones del cáncer de mama de la paciente, detectado en ese año y que fue atajado con la mastectomía posterior en febrero de 2021. Al folio 95, por el Servicio de Radiodiagnóstico “*no se observan alteraciones radiológicas significativas*”. La anterior es de 5 de agosto de 2020.

El día 13 de enero de 2022, la paciente acude al centro de salud a informarse de los resultados de la radiografía de tórax realizada con carácter preferente, y es cuando se informa de la masa tumoral de 10x10 cm, y por Atención Primaria, se la deriva a Urgencias hospitalarias, quedando la paciente ingresada de inmediato.

En el folio 327 del expediente, la inspectora pone de manifiesto con las dos fotografías de las radiografías de tórax, la diferencia más que significativa de los pulmones de la paciente en solo 13 meses: del 17 de diciembre de 2020 al 13 de enero de 2022. En consecuencia, señala que no hubo manifestación anterior de la sintomatología cancerígena del pulmón “*se comprueba por la inspección que el 17 de diciembre de 2020 la radiografía de tórax no era sugerente de ningún proceso tumoral*”.

Refiere a continuación las pruebas diagnósticas realizadas ya en el hospital, con celeridad, y sus fechas “*el tiempo transcurrido desde la primera queja por sintomatología respiratoria hasta ingreso por masa mediastínica fueron 16 días, de ellos 4 festivos, desde el 27 de diciembre*

de 2021 hasta el 13 de enero de 2022. Y que el tiempo transcurrido desde la primera queja por sintomatología respiratoria hasta conocer mediante TC que se trataba de neoplasia con múltiples metástasis fue de 23 días, desde el 27 de diciembre de 2021 hasta el 19 de enero de 2022. Y que ese día se informa carcinoma microcítico de pulmón por Anatomía Patológica 23 días. El 24 de enero se le realiza ecocardiograma con resultado de derrame pericárdico maligno. En contexto de pandemia, la paciente fue ingresada en planta covid por positividad de la prueba, y Oncología determinó que las opciones de tratamiento se valorarían cuando se negativizase”.

Por todo lo expuesto, debemos estar al informe de la Inspección que es concluyente al señalar que “*los tiempos de respuesta para pruebas diagnósticas y tratamientos fueron mucho menores que los de la media de la Comunidad de Madrid a pesar de las adversas circunstancias epidemiológicas*”. Conclusión a la que este órgano consultivo ha de estar. dado que dicho informe 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 de 22 de junio de 2017 (recurso 1405/2012), el 13 de septiembre de 2018 (recurso 309/2016), o el 7 de octubre de 2021 (recurso 173/2020):

“... 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 adición a ello, es de recordar que como viene reiterando este órgano consultivo, el diagnóstico clínico se realiza en función de los

síntomas que presenta el paciente y que permiten al facultativo decidir la realización de pruebas diagnósticas que, a su vez, perfilan el diagnóstico final. Así lo destacan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2018 (r. 75/2017), de 31 de enero de 2019 (r. 815/2016) y de 13 de enero de 2022 (r. 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”.

Por tanto, en este caso, a pesar de la desafortunada evolución del proceso del familiar de los reclamantes, cabe rechazar, en base a los informes médicos que obran en el expediente, que se produjera el retraso diagnóstico.

Por último, es de advertir que no puede cuestionarse el error o retraso en el diagnóstico mediante una regresión a partir de la evolución posterior de la enfermedad de los pacientes o de su fallecimiento. Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual “*no es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio ex post, sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente*”.

En este sentido cabe recordar que no deben enjuiciarse las actuaciones médicas *ex post facto*, sino *ex ante*, dados los síntomas y la clínica que presente el paciente en cada momento, lo que conecta con la doctrina sobre la “*prohibición de regreso*” en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (dictámenes 288/18, de 21 de junio; 416/18, de 20 de septiembre y 342/20, de 25 de agosto, entre otros) con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En mérito de cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora emite la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, por ser la asistencia sanitaria prestada a la paciente conforme a la *lex artis*.

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 10 de octubre de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 616/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid