

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Décima
C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004
33009750
NIG: 28.079.00.3-2016/0003892

Procedimiento Ordinario 141/2016 B

Demandante: Dña. PROCURADOR Dña. PALOMA SOLERA LAMA

Demandado:

PROCURADOR Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

SENTENCIA N° 274 /2018

Presidente:

Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D. MIGUEL ANGEL GARCÍA ALONSO

D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEG0

Dña. ANA RUFZ REY

En la Villa de Madrid a diecinueve de abril de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso-administrativo número 141/2016 seguido en la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por la Procuradora Dña. PALOMA SOLERA LAMA, en representación de D^a., contra la resolución del..., desestimatoria, inicialmente presunta por silencio administrativo negativo, y posteriormente expresa mediante resolución de 15 de julio de 2016, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 6 de marzo de 2015 frente al Servicio de Salud por la asistencia sanitaria dispensada a D^a.

En vía administrativa se reclamó una indemnización de 160.000 euros y la reclamación se interpuso por D^a.

El presente recurso se interpone por D^a. en su propio nombre y como sucesora de su padre, D., fallecido el 11 de febrero de 2016 en Lima (Perú), lugar de su residencia habitual.

Ha sido parte la, representada y defendida por el Sr. LETRADO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS

Se personó en calidad de codemandada, la compañía aseguradora, representada por la Procuradora Dña. MARÍA ESTHER CENTOIRA PARRONDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por término de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito presentado al efecto, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso, con imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Formalizada la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestaran en el plazo legalmente establecido para ello, lo que realizaron mediante el correspondiente escrito, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimaron pertinentes y solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Concluida la tramitación, se señaló para deliberación y fallo del recurso el día 18 de abril de 2018, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilustrísima Magistrada Dña. ANA RUFZ REY, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra la desestimación, inicialmente presunta por silencio administrativo negativo, y posteriormente expresa mediante resolución de 15 de julio de 2016, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 6 de marzo de 2015 frente al Servicio de Salud por la asistencia sanitaria dispensada a D^a.

En vía administrativa se reclamó una indemnización de 160.000 euros y la reclamación se interpuso por D^a.

El presente recurso se interpone por D^a., en su propio nombre y como sucesora de su

padre, D., fallecido el 11 de febrero de 2016 en Lima (Perú), lugar de su residencia habitual.

En esencia, se considera que ha existido una infracción de la lex artis ad hoc por la incorrecta interpretación de la dolencia que presentaba D^a., quien el 10 de diciembre de 2013 acude al Centro de Salud por dolor en la región dorsal con contractura. Ante el empeoramiento progresivo del dolor, el 9 de enero de 2014 acude al Servicio de Urgencias del Hospital por dolor costal derecho, iniciándose entonces una serie de asistencias médicas en dicho Hospital en las que no se practican pruebas complementarias hasta el día 3 de marzo de 2014, fecha en la que es ingresada en el Servicio de Digestivo del Hospital cuando acude nuevamente a Urgencias.

Se detectan entonces múltiples metástasis pulmonares, hepáticas, óseas, vertebrales, sacro y la paciente fallece el 10 de marzo de 2014.

Se efectúa reclamación por cuantía indeterminada, con la indicación de que se fijaría en función del resultado de la prueba pericial, si bien se solicitan los intereses legales desde la fecha de interposición de la reclamación administrativa añadiendo que, si comparece la entidad aseguradora, también se instan los intereses del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Por tanto, puede entenderse implícitamente que la entidad aseguradora es codemandada.

En el escrito de conclusiones se indica:

“La cantidad que propone esta parte es indeterminada por los argumentos expuestos en la demanda.

No obstante, lo cierto es que el baremo establece una indemnización cercana a los 100.000 euros, como así se reconoce de contrario, sin incluir gastos ni otros daños morales reclamados por esta parte al margen del fallecimiento y atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

De aplicar la pérdida de oportunidad con una rebaja razonable del 25%, la cantidad indemnizatoria lógica se situaría entre los 75.000 y los 100.000 euros.” (sic)

De contrario, tanto la Administración demandada como su entidad aseguradora sostienen que la asistencia sanitaria dispensada fue acorde a la lex artis al resultar imposible haber detectado la dolencia con anterioridad.

SEGUNDO.- En cuanto a la responsabilidad de las administraciones públicas, hay que resaltar que con arreglo al artículo 139.1 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, actualmente artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, añade el apartado 2, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

El indicado precepto constituye el trasunto legislativo de la previsión contenida al respecto en el artículo 106.2 de la Constitución Española y configura el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que tiene como presupuestos o requisitos, conforme a una reiterada jurisprudencia, los siguientes: a) Que el particular sufra una lesión de sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; b) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; c) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y d) Que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3º, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

Para que sea antijurídico el daño ocasionado a uno o varios particulares por el funcionamiento del servicio basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. En este caso no existirá deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable. Finalmente es requisito esencial para exigir dicha responsabilidad el que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3º, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

Por eso, en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 de la

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe tenerse en cuenta que rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1214 del Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho así como los principios consecuentes que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios y los hechos negativos.

Así, este Tribunal ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

TERCERO.- En lo que se refiere a la responsabilidad derivada de asistencia sanitaria, la jurisprudencia ha matizado la aplicación del instituto en dicho ámbito poniendo de manifiesto al respecto, la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005, recurso de casación 6595/2001, en su FJ 4º, que: «...como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada -y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar", debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido "(cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc"».

En consecuencia lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria «... es la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente» (STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la *lex artis* o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o

más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente.

CUARTO.- En el caso que nos ocupa, la controversia se plantea en torno al retraso en la emisión de un diagnóstico correcto en relación con los padecimientos de D^a. Por tanto, no está de más recordar la STS de 27 noviembre 2000, según la cual «Un diagnóstico es, en definitiva, un dictamen y como tal avanza un parecer, una opinión, partiendo de unos datos que obtiene por diversos medios y que eleva a categoría a través de lo que el estado de la ciencia y la técnica, así como el saber experimental que posea el médico actuante, permiten en el momento de emitirlo. Nunca un dictamen -sea jurídico, sea médico- puede garantizar un resultado. Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado, la certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano».

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

El error de diagnóstico es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración, por incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso a conocimiento de la práctica médica. Ahora bien, no todo error de diagnóstico da lugar a responsabilidad y ha de insistirse en que, para que ello suceda, es

necesario que como consecuencia del error no se haya procurado al paciente la asistencia sanitaria exigible.

QUINTO.- Un aspecto relevante en materia de responsabilidad médica es la forma en que los tribunales valoran las pruebas practicadas en el procedimiento teniendo en cuenta que nuestro derecho les concede un amplio margen de libertad para valorar el acervo probatorio. La valoración se deja al prudente criterio del juzgador que debe ajustarse en definitiva a las más elementales directrices de la lógica humana o, como dice el artículo 348 de la LEC, a las reglas de la sana crítica.

La prueba pericial, así como las declaraciones de los especialistas llamados al proceso, aunque no son vinculantes, están dedicadas a complementar los conocimientos del tribunal en el momento de adoptar la decisión cuyos fundamentos, por sus contenidos técnicos, hacen necesaria la ayuda de un experto en las materias científicas que pueden presentarse. En aquellas controversias jurídicas en donde aparece un presupuesto fáctico con efectos jurídicos suficientes para fundamentar una acción resarcitoria, pero que cuenta con distintos criterios de especialistas, es cuando la función interpretativa del tribunal se pone a prueba con el fin de discernir la posible existencia de los requisitos legales que habilitan la declaración de responsabilidad patrimonial, lo que resulta especialmente complicado cuando en los diversos informes periciales se alcanzan conclusiones contradictorias.

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.

Además de los dictámenes obrantes en autos, se erige en elemento probatorio el conjunto de documentos que contienen datos, valoraciones e información de cualquier índole sobre la situación clínica del paciente a lo largo del proceso asistencial y que se recogen en la Historia Clínica, así como los protocolos y las guías médicas. Ha de tenerse en cuenta que, si bien tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el resto de los que obran en el expediente administrativo no constituyen prueba pericial en sentido propiamente dicho, sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también 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.

SEXTO.- Sentado lo anterior, para un mejor análisis de la controversia es menester tomar en consideración los siguientes hechos relevantes que resultan de las actuaciones:

1.- D^a., natural de Perú y de 69 años de edad en la fecha de autos, fue diagnosticada de una hernia discal L5-S1 lateralizada a la derecha comprimiendo la raíz S1 y protrusiones L3-L4 y L4-L5 en el año 2010. La sintomatología mejoró con tratamiento rehabilitador y bloqueo por la unidad del dolor.

El 15 de octubre de 2012 acude a la consulta de su Médico de Atención Primaria (MAP) del Centro de Salud por dolor lumbar después de un vuelo prolongado a Perú; mejora con Seractil.

El 10 de diciembre de 2013 acude a consulta del MAP por dolor dorsolumbar, de cuatro días de duración, de carácter mecánico. En la exploración no hay dolor en apófisis espinosas y dolor dorsal en musculatura paravertebral derecha. Se pauta Diazepam, Metamizol y se remite a la unidad de fisioterapia.

2.- El 9 de enero de 2014, la paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital por dolor costal derecho. Refiere que cinco días antes sufrió un traumatismo costal derecho tras frenazo en el metro. No disnea, no hemoptisis, afebril. En la exploración presenta dolor a la palpación de 9^a-10^a costilla. No crepitación ni escalón. Se solicita radiografía de tórax y parrilla costal derecha en las que no se aprecian alteraciones. Se diagnostica un traumatismo costal no complicado y se prescribe el alta con tratamiento analgésico y recomendaciones

según protocolo.

El 15 de enero acude llorando a la consulta del MAP por dolor dorsolumbar. En la exploración presenta dolor difuso en región dorsal baja irradiado a ambos lados, que aumenta con la palpación, y contractura. Se pauta Tramadol 50 mg.

El 28 de enero acude nuevamente a consulta del MAP por dolor intenso en región lumbar que mejora poco con analgesia. Duerme mal por dolor. Sigue trabajando como empleada de hogar. Se aumenta la dosis de Tramadol a 100 mg y se añade Lyrica 75 mg y Naproxeno de 500 mg.

El 7 de febrero acude de nuevo a consulta del MAP refiriendo mareo y a veces inestabilidad. Molestan los efectos secundarios de la medicación pero ha mejorado del dolor.

3.- A las 23:19 horas del 8 de febrero, la paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital por lumbalgia. Refiere dolor lumbar que comenzó hace dos meses, localizado en región de cintura, principalmente en región paravertebral derecha. Comenzó tomando antiinflamatorios por una posible contractura pero el dolor ha ido en aumento progresivo hasta hacerse intenso y constante. La última semana ha estado con Lyrica 75 mg 1-1-1, Naproxeno 500 mg 0-1-0, Tramadol 100 mg 1-0-1 y Paracetamol 1 g 0-0-1. Con esta medicación el dolor mejora parcialmente y por periodos cortos. Además, indica que desde hace seis días tiene dolor en el cuello que se irradia hacia la cabeza. Dolor en segundo dedo del pie derecho de tipo calambre que se inicia en la columna, que es constante y empeora con los cambios de postura. La paciente ha seguido realizando sus actividades diarias sin reposo relativo. No fiebre ni otra sintomatología. Se pauta Enantyum 1 ampolla intravenosa. En la exploración física: mal estado general por dolor, dolor a la palpación en región paravertebral cervical derecha. Auscultación cardiopulmonar normal. Extremidades normales. Columna: apofisalgias desde L1 a L4. Dolor intenso a la palpación superficial sobre musculatura paravertebral irradiado en región de cintura de predominio derecho. Se palpan contracturas musculares bilaterales. Dolor localizado a punta de dedo sobre cadera izquierda. Sensibilidad de extremidades inferiores conservada. Fuerza limitada por dolor, movilización activa conservada. No dolor tras movilización pasiva hasta 90°. Lassegue (-). Tras el Enantyum persiste el dolor. Se solicitan constantes y Rx lumbosacra. Se pauta Dolantina 1/2 ampolla IV. La paciente permanece tranquila y dormida tras el tratamiento.

Con el juicio clínico de protrusión L3-L4 y L4-L5 + hernia discal L5-S1, la paciente es dada de alta el 9 de febrero a las 08:04 horas. Se pauta tratamiento farmacológico con

Lyrica 75 mg 1-1-1, Naproxeno 500 mg 1-0-1, Tramadol 100mg 1-1-1, Movicol 1 sobre cada 12 horas y control por su MAP.

4.- A las 12:52 horas del día 24 de febrero, la paciente acude nuevamente al Servicio de Urgencias del Hospital por dolor lumbar. Debido al intenso dolor no es posible realizar exploración física. Se pauta Enantyum IV y se revalúa a las 18:22 horas; persiste el dolor aunque ha mejorado. En la exploración se encuentra dolorida, con apofisalgias a nivel lumbar y resto sin alteraciones. Se pauta 1/2 ampolla de Dolantina. A las 19:42 horas refiere que continúa con dolor. Se palpa contractura en región dorso-lumbar derecha. Reflejos rotulianos levemente aumentados de forma bilateral. Fuerza y sensibilidad conservadas y simétricas en las cuatro extremidades. Se pauta Diazepam. Se revalúa a las 23:38 horas y, dado que no presenta signos de alarma en la exploración física y ha mejorado el dolor, se prescribe el alta con el juicio clínico de lumbalgia crónica y contractura de la musculatura paravertebral con tratamiento analgésico ambulatorio, aplicación de calor seco local, citarse en rehabilitación y adelantar la cita en traumatología de forma preferente (tenía la consulta el 09/04/2014).

5.- El 25 de febrero, la hija de la paciente acude a consulta del MAP y refiere que su madre tiene dolor que ha empeorado con dependencia para todas las actividades y que el día anterior había vuelto al Servicio de Urgencias del Hospital en donde le pautaron analgesia sin hacer estudio complementario.

A las 17:37 horas del día 26 de febrero, la paciente acude al Traumatólogo del Centro de Especialidades para valoración de lumbociatalgia. Refiere que ha empeorado desde hace seis meses. Acude en silla de ruedas, con mucho dolor, flexoextensión de extremidades inferiores normal, no incontinencia de esfínteres. Se solicita RMN de columna lumbosacra preferente y posterior revisión.

A las 18:18 horas, acude al Servicio de Urgencias del Hospital por dolor lumbar; refiere que ha estado en la consulta de Traumatología y le han pedido una RMN. Acude acompañada por la hija que refiere que la paciente está con muchísimo dolor a pesar de la medicación. Se le pauta un Celestone. Posteriormente se llama a la paciente en varias ocasiones y no se encuentra en la sala.

6.- A las 17:15 horas del 28 de febrero, la paciente acude de nuevo a Urgencias por

dolor dorsolumbar. Es valorada por Neurología. En la exploración presenta dolor a la palpación dorsal baja, fuerza y sensibilidad tactoalgésica conservadas, reflejos normales, resto sin hallazgos. En la Rx dorsolumbar: aplastamiento D11 y leve D10. Se comenta con el traumatólogo de guardia. Se pauta Nolotil IV por presentar mucho dolor. En la exploración realizada por Traumatología se aprecia apofisalgias difusas a nivel de D12-L5 y dolor a la palpación de musculatura paravertebral, sobre todo de lado derecho. Gran limitación funcional. No alteración neurovascular distal. En la Rx se objetiva aplastamiento de D11>50%. La paciente es dada de alta indicando reposo absoluto en cama y tratamiento farmacológico; deberá acudir a la consulta de Traumatología el 4 de marzo y los traslados han de realizarse en ambulancia.

7.- A las 08:35 horas del día 2 de marzo se solicita asistencia al SUMMA 112. El médico que atiende la llamada registra: "Aplastamiento vertebral dolor, pendiente de valoración por traumatólogo" y se proporciona consejo médico. A las 20:57 horas se vuelve a llamar al SUMMA 112, anotándose en la ficha: "Aplastamiento de dos vértebras, dolor severo, no alivia analgesia habitual, ha empeorado". Se asigna una unidad de atención domiciliaria que se desplaza al domicilio. En la exploración la paciente está consciente y orientada, auscultación cardiopulmonar normal, abdomen normal. TA 120/80 mmHg. Se administra una ampolla IV de Tramadol de 100 mg y un comprimido sublingual de Diazepam de 5 mg. Se pauta Tramadol 1 comprimido cada 8 horas, control por la unidad del dolor y 0.5 de Diazepam sublingual si tenía dolor.

El día siguiente, la hija de la paciente acude al MAP, expone antecedentes y refiere que su madre presentó sangre roja en el pañal y que come poco. La doctora se desplaza al domicilio y encuentra a la paciente en cama con dolor intenso en región lumbar y en abdomen. Lleva tres días comiendo muy poco y se levanta con dificultad para ir al baño. Está viviendo en una habitación alquilada porque tenía previsto irse a Perú el 28 de febrero. En la exploración se objetiva mal estado general; la doctora llama solicitando una ambulancia para trasladar a la paciente al Hospital, en cuyo Servicio de Urgencias es atendida a las 16:37 horas. Se hace un examen inicial y se solicita la valoración del especialista de digestivo de guardia. Ingresa en el Servicio de Digestivo y se solicitan pruebas complementarias, entre ellas TC abdominal y TC de tórax, en donde se visualizan múltiples nódulos que afectan a todos los segmentos pulmonares en relación con metástasis; múltiples lesiones de baja atenuación en todo el parénquima hepático en relación con

metástasis. Múltiples metástasis óseas líticas; múltiples metástasis vertebrales, las más notorias en cuerpo de D9 con rotura del muro posterior y componente de partes blandas intrarraquídeo mínimo, en cuerpo de D11 con aplastamiento y pérdida de altura mayor del 50% y otra en el pedículo derecho de L4 con rotura de la cortical externa e interna y mínimo componente intrarraquídeo.

El juicio clínico es: enfermedad metastásica a estudio sin neoplasia primaria evidente; hemorragia digestiva baja sin repercusión analítica ni hemodinámica; hiponatremia moderada e hiperpotasemia leve.

8.- El 5 de marzo se solicita valoración a la unidad de cuidados paliativos. La paciente está consciente con somnolencia importante, bradipsíquica, desorientada con desviación izquierda de la comisura y con pérdida de fuerza en miembros inferiores, más acusada en el izquierdo. Según refiere la hija esta situación ha aparecido en la madrugada, por lo que se solicita TC cerebral urgente y valoración al Servicio de Oncología, que pospone la decisión terapéutica a la realización del TC, que se lleva a cabo el día siguiente sin hallazgos patológicos.

El 7 de marzo la paciente es revaluada por Oncología. Se plantea tratamiento radioterápico paliativo sobre columna vertebral metastásica informando a la familia de la posibilidad de no obtener ningún beneficio con el tratamiento así como de sus efectos secundarios. La hija firma el consentimiento informado. Ese mismo día se administra una sesión sobre un volumen blanco que incluye D8-S2 y sacroilíaco izquierdo. Se recomienda mantener tratamiento corticoideo a dosis intermedias-altas y vigilar y tratar posible sintomatología secundaria a la radioterapia.

9.- La paciente presenta empeoramiento del estado general con evolución desfavorable y fallece el día 10 de marzo de 2014. Como diagnóstico principal se establece enfermedad metastásica diseminada de tumor primario de origen desconocido (TC compatible con metástasis pulmonares, hepáticas, óseas múltiples, vertebrales, sacro, sacroiliaca izquierda). Afectación radicular y medular secundarias.

OCTAVO.- El expediente administrativo está conformado por la historia clínica y diversos informes de los distintos facultativos que intervinieron, entre ellos, el suscrito por el Dr. Jefe del Servicio de Traumatología del Hospital Universitario de la Princesa (folios 294

y siguientes); el de la Dra. médico adjunto del Servicio de Traumatología del Hospital (folios 298 y siguientes); el emitido por la Dra. residente del Servicio de Traumatología (folios 300 y siguientes); el de la Dra., Jefa del Servicio de Urgencias del Hospital (folios 303 y siguientes); el suscrito por la Dra., Médico de Atención Primaria (folio 306) y el informe de la Inspección Médica de fecha 1 de julio de 2015 (folios 335 y siguientes).

Además, mediante resolución expresa de fecha 15 de julio de 2016 se desestimó la reclamación administrativa al considerar que no se había acreditado la infracción de la lex artis.

En el informe de la Inspección Médica se valora que cuando la paciente acude a Urgencias el día 9 de enero de 2014, se realiza Rx de tórax y parrilla costal derecha en las que no se aprecian alteraciones, diagnosticando un traumatismo costal no complicado. Es por ello que cuando el día 15 de enero asiste a consulta del MAP por intensificación del dolor dorsolumbar, la doctora pauta analgesia al apreciar que la sintomatología que refiere es plenamente coherente con el diagnóstico emitido en Urgencias. En idéntico sentido cuando acude nuevamente el 28 de enero por dolor dorsolumbar, al estimar que se trata de una lumbalgia acorde con la artrosis vertebral morfológicamente evolucionada que sabe que tiene la paciente, por lo que pauta tratamiento sintomático.

El 8 de febrero acude a Urgencias por incremento del dolor lumbar; se realiza exploración y Rx lumbosacra y se prescribe el alta hospitalaria el día siguiente con diagnóstico de hernia discal L5-S1 y protrusiones discales en niveles superiores.

La Inspección indica que en ese momento, los profesionales que atienden a la paciente deben valorar la cronicidad e incremento sintomático de un cuadro doloroso vertebral en el que se refiere irradiación hasta segundo dedo de pie derecho compatible con una lumbociatalgia, con imágenes objetivadas previamente por RNM de hernia y protrusiones lumbares y confirmadas en ese acto asistencial por Rx. Es decir, hay un cuadro sindrómico que parece coherente con la patología anatómica objetivada y la decisión diagnóstica adoptada, difícilmente cuestionable en su esquema técnico y lógico. Esta decisión pesará en la estrategia diagnóstica posterior asumida por la MAP en la consulta del día 11/02/2014 y se mantendrá el día 24/02/2014 cuando la paciente acude de nuevo a Urgencias del Hospital por agudización del dolor que ya interfiere con sus actividades de la vida diaria, pero sin la aparición de algún signo o síntoma distinto que permita introducir una sospecha diagnóstica diferente a la opinión clínica mantenida hasta ese momento.

Tal como se ha expuesto, el día 26 de febrero la paciente es atendida por

Traumatología de forma programada y se solicita nueva RNM lumbosacra preferente y posterior revisión. Se sigue manteniendo el foco de diagnóstico en patología crónica degenerativa y lentamente progresiva de la columna vertebral. Dos días después acude a Urgencias por su dolor dorsolumbar y es valorada por Neurología; se detecta entonces por Rx aplastamiento D11 y leve D10, sin alteración neurovascular distal. La Inspección informa que la aparición de una imagen con aplastamiento de más del 50 % de una vértebra lumbar, sin déficit neurológico, determina la indicación de reposo absoluto en cama, tratamiento analgésico y programación de estudio con finalidad etiológica y posteriormente terapéutica, dado que puede tratarse desde una lesión traumática frecuente, incluso con mínimas agresiones, en personas con osteopenia u osteoporosis marcada a una lesión por patología específica vascular o tumoral de múltiples posibilidades histológicas. En coherencia con esta situación se pauta valoración en traumatología cuatro días después indicando que los traslados deben realizarse en ambulancia.

La Inspección considera que el análisis de las actuaciones diagnósticas efectuadas desde el 10/12/2013 al 03/03/2014, momento en el que se objetiva por imagen la enfermedad oncológica diseminada, permite apreciar un conjunto de decisiones clínicas, realizadas por varios profesionales, que no rompen la lógica médica porque se basan en datos exploratorios y de imagen coherentes con la sintomatología objetivada y con una evolución frecuente en los procesos osteodegenerativos de columna vertebral, llegándose al diagnóstico cuando un nuevo síntoma, la aparición de sangre en heces, abre de forma súbita las posibilidades del diagnóstico diferencial.

Se añade que el cáncer metastásico de origen desconocido es una entidad relativamente frecuente que engloba a un grupo heterogéneo de tumores con una elevada variedad de histologías. Los diferentes estudios epidemiológicos ofrecen unas tasas de incidencia entre el 2% y el 9%. A partir de un tumor primario, asintomático y no localizable, se produce una siembra en múltiples localizaciones, sin una clara traducción clínica hasta una fase muy avanzada en la que por infiltración o rotura de un vaso u órgano hueco genera un suceso patológico evidenciable.

Finaliza señalando que “En este caso el hecho de que existiera un cuadro álgico vertebral, muy frecuente, insidioso en su evolución y, prácticamente, sin otra sintomatología, en una paciente con una patología vertebral claramente objetivable y de entidad suficiente para considerarla como justificación de dicho cuadro, ha contribuido al diagnóstico tardío del proceso tumoral. Sin embargo, conviene señalar que este tipo de patología oncológica,

con tumor primario silente y siembra metastásica múltiple a distancia, presenta un mal pronóstico de entrada y un imposible abordaje con finalidad curativa en la práctica totalidad de los tipos histológicos posibles.”

Por todo ello, la Inspección concluye que las decisiones diagnósticas y terapéuticas adoptadas fueron acordes en su prescripción, desarrollo y cronología con los signos y síntomas que fueron apareciendo durante la evolución del cuadro clínico y que del análisis de la documentación clínica obtenida no puede deducirse que las actuaciones de los profesionales que han intervenido en el proceso asistencial objeto de la reclamación hayan conculcado la Lex Artis profesional.

A lo anterior ha de añadirse la ampliación del informe de fecha 20 de abril de 2017, emitida previa evaluación de las siguientes pruebas de imagen: Rx tórax AP y Lateral de fecha 09/01/2014, Rx lumbosacra de fecha 09/02/2014 y Rx dorsal de fecha 28/02/2014.

La Inspectora precisa que “Con el fin de aportar un nivel idóneo de fiabilidad a la interpretación de esos estudios de imagen, se ha solicitado la colaboración de un Radiólogo de staff del hospital que presta sus servicios en el mismo centro de especialidades donde se ubica esta Inspección Sanitaria.”

Se realizan las siguientes consideraciones esenciales del estudio de las radiografías:

1.- Hay muchos datos compatibles con fenómenos osteodegenerativos tipo artrosis, más en columna lumbar baja, compatible con la historia clínica previa de la paciente.

2.- Hay un aplastamiento de la vértebra D11, que con la edad y antecedentes clínicos de la paciente es tributaria de una filiación etiológica prioritaria de carácter osteoporótico.

3.- En las vértebras que se visualizan, todas mantienen indemne la morfología de la cortical y no se observan alteraciones en los pedículos. Es decir, no hay signos patognomónicos de lesión ósea de tipo neoplásico primario o metastático.

4.- No se observa en ninguna de las estructuras visualizables destrucción de masa ósea de entidad cuantitativa que permita introducir la sospecha de patología metastática.

La Inspectora concluye: *“En resumen, la visualización de las pruebas de imagen aportadas en circunstancias de información clínica y nivel técnico similares a las que se dieron durante el proceso asistencial cuestionado, no permiten establecer indicios de duda sobre la procedencia de lo actuado, por lo que la Médico Inspector que suscribe se ratifica en el contenido y conclusiones del informe emitido el 1 de julio del 2015.”*

NOVENO.- De otro lado, la entidad aseguradora ha presentado dictamen pericial emitido, de forma colegiada, por el Dr., el Dr. D. y el Dr. D., todos ellos especialistas en Medicina Interna. Consideran que, en este caso, más que de una demora en el diagnóstico habría que hablar de una imposibilidad de realizarlo con antelación ante la dificultad de plantear el diagnóstico finalmente alcanzado con base en los antecedentes de la paciente, síntomas relatados y hallazgos de las pruebas complementarias realizadas, que son los elementos de los que disponen los facultativos para el adecuado proceso diagnóstico. Incluso ante la presencia de un aplastamiento vertebral dorsal bajo (no visible aparentemente con anterioridad a finales de febrero de 2014), en una paciente de la edad que nos ocupa, parece razonable plantear como primera posibilidad etiológica la de una osteoporosis, siendo esta etiología mucho más frecuente que la de una enfermedad metastásica ósea.

Se añade que, incluso en el caso de que se hubiera podido adelantar en algo el diagnóstico, no existiría un cambio en cuanto al pronóstico de la enfermedad oncológica que resulta nefasto de entrada, al manifestarse como una enfermedad diseminada de inicio sin identificarse un tumor primario conocido y sin presentar ninguno de los cuatro supuestos de cáncer de origen desconocido en los que el tratamiento puede tener cierta efectividad.

Respecto al sufrimiento producido por la enfermedad oncológica, los peritos señalan que el curso fulminante de la misma ha condicionado un periodo, que se considera muy breve, entre la consulta inicial por sintomatología que se puede estimar relacionada con el proceso tumoral finalmente diagnosticado (10 de diciembre de 2013) y el fallecimiento de la enferma (10 de marzo de 2014), siendo el periodo de tiempo habitual de supervivencia en este tipo de situaciones. Durante ese periodo de tiempo la paciente ha recibido tratamiento sintomático, sin que pueda asegurarse con certeza que el hecho de haber administrado radioterapia antiálgica de haberse podido adelantar algo el diagnóstico hubiera permitido un mejor control de los síntomas.

Dicho dictamen, de fecha 9 de noviembre de 2016, también ha sido ampliado el 16 de enero de 2017 a la vista de los estudios radiológicos reseñados en el fundamento anterior.

En la ampliación se indica, respecto a la radiografía de tórax y parrilla costal de fecha 9 de enero de 2014, que no se aprecian alteraciones relevantes en el parénquima pulmonar, mientras que, en el marco óseo en proyección lateral, conociendo el curso evolutivo posterior, parece apreciarse un discreto acúñamiento anterior en D11.

En la radiografía de columna lumbosacra del 9 de febrero se confirma la presencia de

un acúñamiento anterior a nivel de D11, siendo compatible en principio con una fractura vertebral osteoporótica sin otros datos de complicación.

Las radiografías de columna lumbosacra y dorsal del 28 de febrero presentan una imagen de acúñamiento anterior de D11 muy similar al visualizado en la radiografía previa descrita.

Con base en dichos hallazgos y, con ratificación de las conclusiones del dictamen previo, se informa que el aplastamiento vertebral era visible en la radiografía realizada el 8 de febrero y, conociendo el diagnóstico final, se intuye la presencia de un acúñamiento anterior de dicha vértebra en la radiografía de tórax del 9 de enero. Ahora bien, se precisa que ese hecho no modifica la impresión establecida por los clínicos que la atendieron en el sentido de relacionar el aplastamiento vertebral con la presencia de osteoporosis, no requiriéndose inicialmente otras medidas diagnósticas, fuera de las realizadas, ni otro tratamiento distinto del sintomático inicialmente. Se indica que *“el diagnóstico con algo de antelación del aplastamiento vertebral no hubiera cambiado la orientación diagnóstica, no siendo posible determinar de entrada en base a dichos hallazgos la sospecha diagnóstica de la enfermedad finalmente diagnosticada.”*

Por tanto, en esencia, coincide con las conclusiones de la Inspección Médica.

Ahora bien, a efectos de prueba y a instancias de la parte actora, se ha emitido dictamen pericial judicial por el Dr., especialista en Radiodiagnóstico, quien suscribe su informe de fecha 27 de mayo de 2017.

En primer término, ha de destacarse que el perito judicial afirma que en el estudio radiológico de tórax antero posterior y lateral realizado el 9 de enero de 2014 en el Servicio de Urgencias del Hospital se detecta la existencia de una fractura aplastamiento del 50% del cuerpo vertebral de D11 que no se diagnosticó, siendo ostensible en el estudio de imagen, por lo que se considera que existió un claro y evidente error diagnóstico.

Seguidamente, cuando el 9 de febrero la paciente acude nuevamente a Urgencias se realiza una Rx de región lumbosacra en la que se detecta la existencia de la fractura aplastamiento del cuerpo vertebral D11 superior al 50% y mínima de D9.

El perito señala que esta patología no fue detectada en el Servicio de Urgencias, por lo que existió un claro y evidente error diagnóstico. Añade que, ante una fractura aplastamiento de un cuerpo vertebral, si no existe una causa traumática importante, se debe

descartar como primera posibilidad diagnóstica la existencia de metástasis óseas secundarias: se debe prescribir la realización de gammagrafía y RMN (Resonancia Magnética Nuclear) como primeras opciones de actuación.

En el caso de autos se prescribió el alta y se remitió a la paciente a su domicilio con tratamiento sintomático, sin previa derivación a Traumatólogo o especialista.

Tras el análisis detallado de la historia clínica, el perito judicial concluye que las actuaciones médicas vulneraron los protocolos médicos y práctica clínica habitual por los siguientes motivos:

1.- Existió un error diagnóstico en la valoración de la radiología simple de tórax realizada en Urgencias el día 9 de enero de 2014, en la que se detectaba una fractura del cuerpo vertebral de D11.

2.- Este error de diagnóstico dio lugar a la ausencia de prescripción de las pruebas que protocolariamente procedían, por lo que no se agotaron las pruebas diagnósticas.

3.- No se valoraron de forma adecuada las fracturas de los cuerpos vertebrales de D11 y D10; en el estudio radiológico de columna dorso lumbar del 28 de febrero se detecta la existencia de una fractura aplastamiento del cuerpo vertebral D11 mayor de 70% y mínima fractura aplastamiento del cuerpo vertebral D9 que se valoran como fracturas simples de columna sin pedir otra prueba de imagen con carácter urgente (gammagrafía, TAC, etc).

4.- En el estudio radiológico de columna del 28 de febrero no se detectaron los nódulos pulmonares.

5.- Lo anterior provocó un retraso en la aplicación del tratamiento adecuado y originó que la paciente no tuviese una adecuada calidad de vida, sufriendo dolores intensos y constantes con deterioro de su estado general, llegando a un estado final muy deplorable y sin tratamiento adecuado de su patología.

DÉCIMO.- A cuanto antecede ha de añadirse que las dudas suscitadas por las diversas valoraciones periciales, las cuales fueron ampliadas en la forma expuesta, han sido aclaradas mediante la prueba practicada, a presencia judicial, el 11 de septiembre de 2017, en la que han depuesto el Dr. en su condición de perito judicial, y el Dr. como perito de la entidad aseguradora.

De la prueba practicada resulta que no existe controversia acerca de la interpretación

de las radiografías; efectivamente, en el estudio de fecha 9 de enero de 2014 aparecía una fractura aplastamiento del 50% del cuerpo vertebral de D11 que no fue diagnosticada y que había empeorado el 9 de febrero, fecha en la que se realizó otro estudio. En principio, era compatible con una fractura vertebral osteoporótica sin otros datos de complicación, por lo que, con el juicio clínico de protrusión L3-L4 y L4-L5 + hernia discal L5-S1, la paciente fue dada de alta el 9 de febrero sin que se acordaran estudios adicionales, tales como el TC abdominal y TC de tórax practicados cuando fue atendida en el Servicio de Urgencias el 3 marzo, que permitieron visualizar múltiples nódulos que afectan a todos los segmentos pulmonares en relación con metástasis; múltiples lesiones de baja atenuación en todo el parénquima hepático en relación con metástasis; Múltiples metástasis óseas líticas; múltiples metástasis vertebrales, las más notorias en cuerpo de D9 con rotura del muro posterior y componente de partes blandas intrarraquídeo mínimo, en cuerpo de D11 con aplastamiento y pérdida de altura mayor del 50% y otra en el pedículo derecho de L4 con rotura de la cortical externa e interna y mínimo componente intrarraquídeo. Todo ello condujo al fatal juicio clínico de enfermedad metastásica a estudio sin neoplasia primaria evidente que, tras una única sesión de radioterapia proporcionada, sin expectativas, el 7 de marzo, provocó el fallecimiento de la paciente el día 10 de marzo de 2014.

El Dr. ha insistido en que su colega, el Dr. emite su dictamen realizando una fundamentación médica a la inversa, esto es, partiendo del resultado ya conocido, pues es un hecho que el 99 % de los aplastamientos vertebrales son provocados por la osteoporosis y no requieren de más pruebas adicionales, sin que la paciente presentara síntoma alguna adicional que permitiera sospechar la existencia de un tumor.

Ambos peritos coinciden al señalar que, en realidad, el dolor provocado por una metástasis no tiene características propias, por lo que no es un síntoma aislado que pueda ser objeto de valoración a tales efectos.

En lo que hace la fractura que aparecía en las pruebas de imagen del 9 de enero de 2014, el perito judicial considera que, si bien la fractura en sí no requería de un estudio específico, deberían de haber remitido a la paciente a un especialista de forma preferente, que hubiera podido detectar el tumor que, en realidad, era la causa de la fractura. Sin embargo, el Dr. informa que únicamente estaría justificada dicha remisión si la paciente hubiera presentado afectación neuronal; como no era el caso, aunque se hubiera detectado la fractura, se hubiese estimado que era consecuencia de la osteoporosis y la edad, pues son

muy frecuentes a partir de los 60 años.

Valorando en conjunto todas las pruebas y aclaraciones proporcionadas por los especialistas, se estima que esta última conclusión es la que más se ajusta a la realidad de un diagnóstico emitido en dicho momento, conforme a tales síntomas y con total desconocimiento del resultado final. Como hemos tenido ocasión de señalar en otras ocasiones, no es admisible una fundamentación a la inversa y el perito judicial no ha aportado ningún dato objetivo para justificar una remisión urgente de la paciente a un especialista en dicho momento, ni la realización de pruebas adicionales (gammagrafía, TAC) ni tampoco un ingreso que, como ha puntualizado el Dr., sólo es procedente para practicar pruebas que no pueden realizarse de manera ambulatoria o para aplicar un tratamiento que no puede proporcionarse en tal forma. El perito judicial basa todas sus afirmaciones en la mera existencia de una fractura que, no obstante, reconoce que podía considerarse consecuencia de la osteoporosis, aunque destaca que no existía ningún estudio de la misma.

Así las cosas, aunque la Sala aprecia que existió un error al no detectar la fractura que aparecía en las pruebas de imagen del 9 de enero de 2014, se estima que, aunque se hubiera identificado, nada habría cambiado en la asistencia sanitaria dispensada en dicho momento.

Siguiendo con el tema de la fractura, el perito judicial asume que podía considerarse consecuencia de la osteoporosis pero, al existir un empeoramiento, debieron de hacerse pruebas adicionales. Tal empeoramiento se objetivó en las pruebas del día 9 de febrero, pero no fue posible su valoración porque la fractura no había sido detectada el día 9 de enero. Por tanto, aquí sí se aprecia la incidencia que tuvo el error cometido el 9 de enero cuando no se detectó una fractura cuyo empeoramiento, en consecuencia, tampoco pudo ser apreciado el 9 de febrero, circunstancia que hubiera justificado la realización de pruebas adicionales que habrían objetivado la dolencia real de la paciente. Como se ha expuesto, tales estudios complementarios se practicaron el 3 de marzo y no se llevaron a cabo con anterioridad porque se arrastraba el error cometido al analizar las pruebas de imagen del 9 de enero. Esto es, de haberse detectado entonces la fractura y, consecuentemente, el empeoramiento del 9 de febrero, se habría dispuesto de datos objetivos para acordar la realización de pruebas complementarias que hubieran conducido al diagnóstico de la enfermedad mortal de la paciente.

A ello ha de añadirse que en el estudio radiológico de columna del 28 de febrero no se detectaron los nódulos pulmonares que, según ambos peritos, indican clara e

indubitadamente la existencia de un tumor maligno (metástasis pulmonar) que, según lo expuesto, no fue detectada hasta que se realizaron las tan mentadas pruebas del 3 de marzo. Es imposible saber cuándo aparecieron dichos nódulos, pero lo que sí puede inferirse racionalmente de todo lo expuesto, es que la paciente ya tenía tumores el 9 de febrero de 2014.

Cuanto antecede conduce a la Sala a estimar que existió negligencia en la asistencia médica dispensada toda vez que, en los términos expuestos, se infringió la *lex artis*, provocando así que la paciente sufriera una pérdida de oportunidad concretada en un retraso en el diagnóstico de su enfermedad, desde el 9 de febrero hasta el 3 de marzo de 2014.

UNDÉCIMO.- Siguiendo con lo expuesto en el fundamento anterior, en lo que hace a la denominada jurisprudencialmente pérdida de oportunidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2012, (recurso de casación 4598/2011) establece que *«La privación de expectativas constituye un daño antijurídico, puesto que aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias. A que no se produzca una "falta de servicio" (STS de 7 de noviembre de 2008, (RC 4776/2004) en sentido concordante de "defecto de pericia y pérdida de actividad" (STS 24/11/2009, (RC 1592/2008))».*

La pérdida de oportunidad exige tomar en consideración dos elementos, a saber, el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo. Así, como se establece, por todas, en la STS de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación 2755/2010), *«OCTAVO.- En la reciente sentencia de fecha 19 de octubre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 5893/2006, hemos afirmado que la llamada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.»*

En el caso que nos ocupa, en los términos ya expuestos, existió un retraso en el

diagnóstico que, a juicio de la Sala, ha de computarse desde el 9 de febrero de 2014, fecha en la que se hubieran practicado pruebas complementarias de no haberse cometido un error el día 9 de enero. El diagnóstico correcto se emitió el 3 de marzo en los términos ya relatados.

Ahora bien, reconociendo la existencia de un retraso en el diagnóstico, los peritos coinciden al señalar que la paciente no hubiera tenido mayores probabilidades de sobrevivir en el supuesto de que su dolencia hubiera sido detectada y tratada un mes antes pues, como han precisado, en los casos en los que la radioterapia funciona lo hace desde un principio y, en el supuesto de autos, la primera y única sesión se aplicó prácticamente sin expectativa alguna; de hecho, la paciente falleció tres días después. En consecuencia, no existe duda alguna sobre cómo habría evolucionado la paciente en el supuesto de haber tenido una asistencia médica más rápida y, dado que no habría habido ningún cambio, es obligado considerar que la situación provocada no comporta la privación de expectativas que, desde el punto de vista jurídico, viene calificado como pérdida de oportunidades (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005 y 26 de junio de 2008), pues la paciente no perdió la oportunidad de que las cosas evolucionaran mejor, ya que dicha posibilidad no existía.

Cuestión diferente es la incidencia que el retraso en el diagnóstico ha tenido en la calidad de vida de la paciente, quien pudo haber recibido tratamientos específicos para paliar los dolores un mes antes. Es cierto, como ha puesto de relieve el Dr., que la paciente estaba recibiendo tratamiento para el dolor mediante analgésicos de tipo opioide (Tramadol-Adolonta) y que las bombas de morfina no se pautan hasta que se tiene pruebas de una enfermedad mortal. También es un hecho que la radioterapia no funcionó. Ahora bien, dado que existió un retraso de casi un mes en adoptar medidas específicas, es evidente que de haberse aplicado antes la radioterapia se habría detectado que no funcionaba y se hubieran proporcionado cuidados paliativos que hubiesen mejorado la calidad de vida de la paciente, abordando el dolor de forma específica. En definitiva, en el caso de autos, se estima que estos son los únicos daños provocados por el retraso en el diagnóstico.

DUODÉCIMO.- Siguiendo con la calificación de los daños derivados del retraso en el diagnóstico, tal como se ha detallado en fundamentos anteriores, en el caso de autos no se aprecia la denominada pérdida de oportunidad, habida cuenta que dicho retraso no tuvo

incidencia alguna en la evolución de la enfermedad, que habría sido la misma, ni tampoco en el fatal desenlace, que no se habría podido evitar ni demorar. Por tanto, los únicos daños consecuencia de la mala praxis concretada en el retraso en el diagnóstico son los persistentes y fuertes dolores que la paciente hubo de soportar sin recibir un tratamiento adecuado a su dolencia hasta que la misma fue correctamente diagnosticada, lo cual hubiera mejorado su calidad de vida. Esto es, se trata de daños físicos sufridos por la enferma y, como tal, personalísimos.

En cuanto a la legitimación para reclamar por los daños personales sufridos por el enfermo, esta Sala y Sección ha venido reconociendo legitimación activa a los herederos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios irrogados al causante, en los supuestos en que éste hubiera ejercitado la reclamación con antelación a su fallecimiento, momento en el que transmite ese derecho a sus herederos, por entender que el derecho ejercitado tiene naturaleza patrimonial y es plenamente transmisible (Sentencias 591/13, de 17 de julio, y 817/13, de 15 de noviembre). Junto a los anteriores, concurren asimismo otros pronunciamientos en los que se entiende que el título de heredero no es bastante para sustentar legitimación activa para reclamar por unos daños personalísimos que sólo sufrió el causante en vida y no reclamó antes de fallecer (Sentencia de la Sección 9ª, de 28 de febrero de 2013, recurso 977/2009).

Sin embargo, frente a ello, no puede ignorarse la doctrina sentada en la materia por Sala Primera del Tribunal Supremo, a título de ejemplo, en Sentencia de 13 de septiembre de 2012 (recurso de casación 2019/2009) en la que, con cita de anterior pronunciamiento de la misma Sala, de 10 de diciembre de 2009 (recurso 1090/2005), en un supuesto en el que la víctima de un accidente de tráfico falleció como consecuencia del propio accidente antes de que sus padres formularan reclamación judicial en sede civil y en el que los padres del fallecido, independientemente de su legitimación para reclamar la indemnización que les correspondía como perjudicados por el fallecimiento de su hijo, optaron por reclamar como herederos la mayor indemnización que le habría correspondido a éste por los daños personales sufridos en concepto de lesiones y secuelas, proclama lo siguiente: *"En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus*

herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho -iure hereditatis-, y por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, a cuenta de la cual, y de los intereses que pudieran corresponderle, entregó la aseguradora la cantidad de 312.527,75 euros, como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente -iure proprio- puesto que se trata de daños distintos y compatibles".

Asimismo, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 2012 (recurso 3531/2012), al resolver una reclamación de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, parte del quebranto de la lex artis en la prestación del consentimiento informado como consecuencia de no haber sido instruida la paciente adecuadamente sobre los riesgos derivados del parto por cesárea, con la consiguiente producción de un daño moral reparable económicamente ante la privación de la capacidad de decidir de la víctima, y admite la legitimación del esposo e hijos de la fallecida para reclamar el concepto indemnizatorio correspondiente al indicado daño moral generado a esta última por la ausencia de consentimiento informado (que cuantifica en la suma de 60.000 euros), además de la legitimación por derecho propio para ejercitar la acción de resarcimiento por el fallecimiento de la citada como consecuencia del también quebranto de la lex artis en la atención sanitaria de la misma.

DECIMOTERCERO.- Siguiendo con lo expuesto en el fundamento anterior, atendidas las circunstancias del caso concreto y el estado de salud de la paciente, la Sala estima que no cabe exigir su previa reclamación administrativa para que se produzca la transmisión de su acción a sus herederos. Al no haberse aportado testamento, aquéllos serán sus descendientes en condición de legitimarios.

Atendiendo a las circunstancias del caso y pronunciamientos de esta Sala en supuestos similares, se fija la suma que le hubiera correspondido a la enferma en concepto de

indemnización por los dolores que soportó sin recibir un tratamiento adecuado a su dolencia hasta que la misma fue correctamente diagnosticada, con casi un mes de retraso. Según consta en actuaciones, tenía dos hijas, entre las que habría de repartirse dicha cantidad a partes iguales.

En el escrito de demanda no sólo se reclama por los daños sufridos por la paciente, sino también por el dolor de su fallecimiento, por los daños psicológicos ocasionados y por una serie de gastos.

Las pretensiones sólo pueden estimarse en el limitado extremo de indemnizar el perjuicio psicológico o moral causado a los familiares recurrentes como consecuencia directa del indebido sufrimiento soportado por la paciente durante el período comprendido entre el 9 de febrero y el 3 de marzo de 2014 habida cuenta que, de no haberse retrasado el diagnóstico durante dicho mes, se hubiera aplicado un tratamiento paliativo y específico con anterioridad que hubiera mejorado su calidad de vida.

En supuestos como el de autos, es obligado admitir la dificultad que plantea fijar una cantidad que, en la medida de lo posible, compense tales daños morales, por lo que procede señalar una suma a tanto alzado acudiendo a un juicio ponderado y prudente de la Sala, en el que se tendrán en cuenta las circunstancias tanto objetivas como subjetivas concurrentes.

Por todo cuanto antecede, tomando en consideración el retraso en el diagnóstico (casi un mes), las características del caso - sobradamente expuestas - y el objeto de indemnización. No puede tener acogida la tesis sobre la imposibilidad del marido de despedirse de su esposa a causa del retraso en el diagnóstico correcto habida cuenta que dicha dilación no ha tenido incidencia en el fallecimiento y, además, la propia parte ha reconocido que la paciente se vio obligada a cancelar su viaje a Perú por motivos de salud por lo que, desde ese momento, se pudo gestionar el desplazamiento de su esposo.

La recurrente efectúa la reclamación en su propio nombre y como sucesora de su padre, D. Dado que, a falta de testamento, es legitimaria junto con su hermana, le corresponde la mitad de la indemnización fijada en favor del padre.

Ahora bien, no ha lugar a indemnización alguna derivada del fallecimiento por cuanto, según se ha expuesto, el error cometido no tuvo incidencia alguna en el mismo, que se habría producido igualmente a causa de la fatal enfermedad. En idéntico sentido, hemos de rechazar la reclamación de los gastos causados, que están relacionados con la enfermedad

de la paciente y los desplazamientos realizados por sus familiares para acompañarla.

Todas las cantidades reseñadas habrán de ser incrementada con los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de las reclamaciones administrativas, pero no ha lugar a los previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro porque no se aprecian circunstancias que determinen su procedencia.

Y en este limitado extremo ha de ser estimado el presente recurso contencioso-administrativo.

DECIMOCUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. En el presente caso no se efectúa pronunciamiento impositivo de las costas causadas en la presente instancia, en atención a la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo.

Por todo lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

Alvaro Sardinero García
Abogado
C/ Francisco Silvela, 19 Entpta. F
28028 - MADRID
Tel. y Fax: 91 308 37 60

FALLAMOS

PRIMERO.- ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo número 141/2016 interpuesto por D^a., **Y CONDENAMOS A LA COMUNIDAD DE MADRID A QUE LE ABONE EN CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS CAUSADOS**, conforme a los fundamentos de la presente resolución. Dicha cantidad habrá de ser incrementada con los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la reclamación administrativa.

SEGUNDO.- NO EFECTUAMOS pronunciamiento impositivo de las costas procesales devengadas en la presente instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 4982-0000-93-0141-16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 4982-0000-93-0141-16 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos principales, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. ANA RUFZ REY, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha veinticinco de abril de dos mil dieciocho, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

Alvaro Sardinero García
Abogado
C/ Francisco Silvela, 19 Entpta. F
28028 - MADRID
Tel. y Fax: 91 308 37 60

Alvaro Sardinero García

Abogado

C/ Francisco Silvela, 19 Entpta. F

28028 - MADRID

Tel. y Fax: 91 308 37 60