



Dictamen nº **123/2023**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 4 de mayo de 2023, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 28 de febrero de 2023 (COMINTER 53192) y CD recibido en la sede de este Consejo Jurídico el día 2 de marzo de 2023, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.<sup>a</sup> X y otros, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2023\_068), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El día 19 de mayo de 2017 tuvo entrada en el registro una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Murciano de Salud (SMS), presentada por D<sup>a</sup>. X, actuando en nombre y beneficio de la comunidad hereditaria del causante, D. Y, su padre, fallecido el 7 de julio de 2016 en el Hospital General Universitario “Virgen de la Arrixaca”, por la pérdida de oportunidad debida al error de diagnóstico de la enfermedad que padecía (hepatocarcinoma) y la falta de suministro de la medicación adecuada a dicha patología, que no fue advertida hasta un día antes de su fallecimiento.

Relata el proceso seguido que se inicia cuando el fallecido acudió el 17 de mayo de 2016 al Servicio de Urgencias del HUVA por dolor abdominal. Allí se le diagnosticó de colecistitis en atención a la clínica que presentaba, siendo intervenido quirúrgicamente practicándosele una colecistectomía, siendo alta el siguiente día 20.

El día 22 del mismo mes volvió al HUVA por presentar un cuadro febril. Explorado físicamente y practicada analítica se diagnosticó “ fiebre postquirúrgica”, quedando ingresado hasta el día 30 en que fue dado de alta. Según consta en el informe de alta, efectuado un TC de control se informa de hígado aumentado de tamaño con desestructuración de LHD y trombo agudo-subagudo en rama portal derecha y trombosis completa de sus dos ramas segmentarias. Según la reclamante es preciso resaltar el comentario que figura en dicho documento según el cual *“No se aprecia afectación de perfil hepático. Ante la buena evolución del paciente, se decide alta hospitalaria bajo observación domiciliaria”*.

El 26 de junio de 2016 vuelve a acudir a Urgencias del HUVA al observar un profundo deterioro general, con pérdida de peso muy rápida. Practicado TC de tórax y abdomen urgente, al compararlo con el estudio realizado el día 26 de mayo se aprecia derrame pleural derecho con atelectasia pasiva asociada. Se aprecian algunos micronódulos pulmonares bilaterales, el de mayor tamaño de 8 mm en LSI, a considerar posibles émbolos sépticos dado el contexto clínico. En el abdomen *“persiste trombosis de rama portal derecha así como alteración de la densidad del LHD con áreas de hipotenucción e hipercaptación y algunos focos de necrosis, a considerar extensa afectación infecciosa en el contexto de cuadro séptico. Pequeña colección de 3 x 5 cm. en lecho de*

*colecistectomía, sin cambios*". En base a ello se decide su ingreso, permaneciendo hasta su fallecimiento el día 7 de julio de 2016. Durante su estancia a la familia se le indicó que el enfermo padecía una infección que se trataba con antibióticos, a los que no reaccionaba, presentando fuertes dolores, hasta que el día previo al fallecimiento se les informó de que padecía hepatocarcinoma, retirándole la medicación y comenzando a tratarlo con morfina, midazolam y buscapina.

Termina con cita de jurisprudencia en apoyo de la reclamación y, respecto a la determinación de la cuantía de la indemnización, no la especifica.

A la reclamación acompaña distinta documentación clínica y el certificado de defunción del señor Y.

**SEGUNDO.-** Un Asesor Jurídico del SMS dirigió, el día 26 de junio de 2017, un escrito a la reclamante comunicándole que debería remitir los documentos acreditativos de la legitimación de las personas por las que reclamaba, así como el de la representación que decía ostentar, para lo que despondría de un plazo de 10 días, transcurridos los cuales se le tendría por desistida de la petición, si no era cumplimentado. Fue notificado el siguiente día 30.

**TERCERO.-** Con escrito presentado en el registro el día 11 de julio de 2017, la reclamante acompañó el Libro de Familia del fallecido, el certificado de defunción y copia del D.N.I. de ella misma y de los demás integrantes de la comunidad hereditaria. Se trataba de D<sup>a</sup>. X, D<sup>a</sup>. Z, D. P, y D. Q, y D<sup>a</sup>. R, hijos y esposa, respectivamente, del fallecido. En su escrito, además, y en relación con el montante de la indemnización, indicaba que en ese momento no era posible realizar su evaluación económica, con cita de varias sentencias del Tribunal Supremo según la cual el *"petitum doloris"* carece de parámetros o módulos objetivos por lo que su valoración ha de hacerse en una cifra razonable que siempre tendrá un carácter subjetivo. Terminaba su escrito solicitando que fuese admitida la documentación presentada y que se tuviera por indeterminada en ese momento la evaluación económica del daño.

**CUARTO.-** Por resolución del Director Gerente del SMS, de 18 de julio de 2017, se admitió a trámite la reclamación, se ordenó la incoación del expediente número 366/17, y se designó al Servicio Jurídico de la Secretaría General Técnica como órgano encargado de la instrucción.

La resolución fue notificada a la correduría de seguros "Aón Gil y Carvajal, S.A." el 31 de julio de 2017, y a los interesados al segundo intento, el 6 de octubre de 2017.

**QUINTO.-** Mediante escrito de 24 de julio de 2017 se solicitó a la Gerencia del HUVA la remisión de una copia de la historia clínica del fallecido, así como el informe de los profesionales que le hubieran prestado asistencia. Ante el silencio de la misma, el requerimiento fue reiterado mediante escrito de 8 de noviembre de 2017.

**SEXTO.-** El Gerente del HUVA contestó al requerimiento con una comunicación interior, de 23 de noviembre de 2017. Adjuntaba la copia de la historia clínica y los informes de la doctora S, del Servicio de Cirugía general y del doctor T, Jefe del Servicio de Medicina Interna Infecciosas del referido hospital.

La doctora S relata que en la primera asistencia prestada en Urgencias el día 17 de mayo de 2016, ante los hallazgos clínico- radiológicos, se decidió realizar una intervención quirúrgica urgente mediante abordaje laparoscópico y, al acceder a la cavidad abdominal se encontraron adherencias de epiplón a vesícula y borde hepático a dicho nivel, líquido ascítico sucio peri vesicular con fibrina y colecistitis aguda gangrenosa, realizándose colecistectomía de fondo de cuello con sección a nivel Hartman, no objetivándose ningún hallazgo patológico en el resto de la cavidad abdominal. Evolucionó favorablemente, siendo dado de alta el 20 de mayo siguiente con antibioterapia durante 7 días.

El segundo ingreso por Urgencias, el 22 de mayo de 2016, cuando presentó fiebre de 38º, ante los hallazgos y sospecha de colección postquirúrgica, se decidió realizar TC abdominal de cuyo resultado se decide el ingreso, al apreciar defecto de repleción de la rama portal derecha compatible con trombosis portal. La unidad de trombosis inició tratamiento con anticoagulación, diagnosticándose una gammopathy monoclonal a estudio, continuando con tratamiento antibiótico. Ante la favorable evolución, se decide el alta el 30 de mayo de 2016, previa realización de una analítica de perfil hepático, no apreciando leucocitosis y, como único hallazgo aislado en él, una GPT de 145, la cual es encuadrada dentro del proceso infeccioso que había tenido el paciente y que se confirma, ya que se normaliza en la analítica posterior a su ingreso, que es de 63, siendo normal el resto del perfil hepático.

El 3 de junio de 2016 acudió a la consulta de cirugía general para revisión, donde se informa de la anatomía patológica de la vesícula de colecistitis crónica agudizada con marcadas alteraciones reactivas de epitelio de la mucosa. El paciente presentaba buen estado general y con una exploración abdominal “rigurosamente normal”. Después de esa visita la informante no tuvo más noticia de dicho paciente hasta el momento de solicitar su informe, del que concluye:

- *“La atención prestada por nuestra parte corresponde a cuadro de patología quirúrgica urgente, motivo por el cual se realiza la indicación quirúrgica.”*
- *“El abordaje laparoscópico es el adecuado en este tipo de patología y situación.”*
- *“Los hallazgos encontrados en la cirugía y TACs no evidencian la presencia de otra patología concomitante que fuese subsidiaria de diagnóstico y tratamiento distinto al de los hallazgos.”*
- *“El tratamiento operatorio y postoperatorio del paciente estuvo en todo momento conforme a protocolo.”*
- *“El hallazgo aislado de GPT elevada probablemente está en relación con el proceso infeccioso del paciente ya que en la analítica del último ingreso se normaliza.”*
- *“El diagnóstico por el cual se intervino no fue erróneo.”*

Por su parte, el doctor T describe el proceso seguido por el paciente desde su ingreso, el 17 de mayo de 2016, y su posterior reingreso por cuadro febril de alto grado, encontrándose en TAC áreas flemonosas en lóbulo hepático derecho con desestructuración y trombosis portal derecha, iniciando tratamiento con heparina. Posteriormente volvió a ingresar por empeoramiento general, con alta gravedad y aspecto séptico, estertores crepitantes en base derecha y hepatomegalia dura congestiva y algo dolorosa. *“Ante su alta gravedad recidiva del proceso y refractariedad a los tratamientos previos, se consideró realizar un estudio ecográfico hepático para su valoración más completa, encontrando una masa hepática cuyo estudio histo-patológico mostró que se trataba de un adenocarcinoma, considerándolo como un hallazgo casual y que probablemente podría justificar su proceso tórpido, así como su evolución-posterior hacia el Exitus”.*

**SÉPTIMO.-** El 4 de diciembre de 2017, el instructor del expediente dirigió un escrito a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria (SIPA), en petición de la evacuación del informe de la Inspección Médica.

En la misma fecha remitió copia del expediente instruido a la correduría de seguros que lo recibió el siguiente día 11.

**OCTAVO.-** Obra entre la documentación remitida una diligencia, extendida el día 20 de febrero de 2018, para hacer constar la comparecencia en la sede el órgano instructor de un representante de los reclamantes solicitando vista del expediente, dejando copia de la escritura del poder otorgado a su favor. También consta una segunda diligencia, de la misma fecha, por la que se deja constancia de la entrega a la representante de una copia completa del expediente.

**NOVENO.-** El 1 de abril de 2019, el instructor dirigió una comunicación interior al Jefe de Servicio de

Aseguramiento y Prestaciones reclamando la emisión de su informe. En contestación al mismo, el día 8 siguiente lo evacuó. Sus dos últimas conclusiones son las siguientes: “15.- *El hepatocarcinoma no suele presentar ningún síntoma hasta etapas muy tardías de su desarrollo. Ello se debe a que el interior del hígado no duele y puede albergar gran cantidad de tumor sin que aparezcan síntomas. De manera excepcional, tumores pequeños pueden dar síntomas porque obstruyan la vía biliar y aparezca ictericia, o bien porque se rompan y produzcan hemorragias.*

16.- *La actuación de los profesionales puede ser considerada pertinente a la sintomatología presentada y resultado de las pruebas diagnósticas practicadas por el paciente”.*

**DÉCIMO.**- Por acuerdo, de 8 de abril de 2019, el instructor determinó que, transcurrido el plazo de tres meses para la emisión del dictamen preceptivo de la Inspección Médica sin que se hubiera evacuado y, constando en el expediente el informe del Jefe de Servicio de Aseguramiento y Prestaciones, se reanudaba la tramitación del procedimiento, por lo que se acordaba la apertura del trámite de audiencia. El acuerdo se notificó a la representante de los reclamantes el día 10 de abril de 2019.

**UNDÉCIMO.**- El día 24 de abril de 2019 se presentó en el registro un escrito adjuntando el informe médico pericial de la empresa “-”, evacuado por D. V, Licenciado en Medicina y Cirugía, Master en Valoración de Incapacidades y del Daño Corporal para la Protección Social. En sus conclusiones señala: “*Por tanto, entendemos acreditada actuación que no se corresponde con la actuación estándar por parte del Servicio de Cirugía, dilatando el diagnóstico hasta prácticamente el exitus. En base a la documentación Anexa que el informante ha estudiado, entendemos que un diagnóstico correcto y a tiempo hubiera aumentado la esperanza de vida y la calidad de la misma, evitando sufrimiento tremebundo del paciente y de los familiares sin un tratamiento correcto”.*

El informe fue remitido a la SIPA y a la correduría de seguros con sendos escritos de 2 de mayo de 2019.

**DUODÉCIMO.**- El 11 de diciembre de 2020, desde el Servicio Jurídico del SMS, se remitió a la Dirección de los Servicios Jurídicos de la CARM una copia del expediente, ante la comunicación de esta última de presentación por los reclamantes de un recurso contencioso-administrativo. El 16 de diciembre de 2020 se remitió la copia del expediente por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Murcia en el seno del Procedimiento abreviado número 431/2020, a la vista del decreto de admisión de 9 de diciembre anterior. El siguiente día 18 el instructor remitió otra copia del expediente al letrado de la Dirección de los Servicios Jurídicos del SMS, con la advertencia de no haber emplazado a ninguna compañía aseguradora al carecer de cobertura el siniestro.

Al no haberse recibido los folios 45 y 46, en formato CD, fueron reclamados mediante oficio de 22 de enero de 2021 del Letrado del mismo Juzgado, siendo atendida la petición mediante escrito de 1 de febrero siguiente.

**DECIMOTERCERO.**- Mediante comunicación interior de 23 de febrero de 2021, la SIPA remitió el informe de la Inspección Médica, de la misma fecha. En sus conclusiones 3, 4 y 5 se puede leer:

“3- *Durante este segundo ingreso se pusieron de manifiesto otros hallazgos de interés clínico tanto en los análisis de laboratorio como en las pruebas de imagen. No consta en la documentación clínica que los resultados de dichas pruebas fueran consideradas en el estudio del paciente lo que habría posibilitado diagnosticar con anterioridad el hepatocarcinoma. Hubo por tanto un retraso en el diagnóstico.*

4- *En esta situación el paciente habría continuado ingresado y se habrían aplicado los tratamientos adecuados para el cáncer que padecía. Dada la gravedad de esta patología posiblemente su evolución hacia el exitus no habría variado.*

5- *Desde el alta del día 30 de mayo el paciente sufrió un deterioro importante de su estado general por lo que ingresó por tercera vez en HUVA. Se detectó en la ecografía una masa en hígado que tras estudio anatomo-*

*patológico fue diagnosticada de hepatocarcinoma. La situación clínica fue empeorando, produciéndose el fallecimiento el 7 de julio de 2016”.*

El informe fue remitido al Juzgado mediante escrito de 24 de marzo de 2021.

**DECIMOCUARTO.**- Mediante comunicación interior de 8 de noviembre de 2021, la Dirección de los Servicios Jurídicos trasladó al órgano instructor copia del auto de 2 de noviembre de 2021 de terminación del Procedimiento abreviado número 431/202, ante el desistimiento de los reclamantes sin oposición de la CARM.

**DECIMOQUINTO.**- El 23 de noviembre de 2021 se acordó la apertura de un nuevo trámite de audiencia. Intentada la notificación electrónica al representante de los reclamantes, poniéndola a su disposición el 10 de diciembre de 2021, no accedió a la misma.

**DÉCIMOSEXTO.**- El instructor del expediente dirigió un escrito a la SIPA el día 19 de mayo de 2022, solicitando la evacuación de un informe complementario del primero de la Inspección Médica. Atendiendo la solicitud, el día 3 de junio de 2022 se remitió tal informe en el que se consideraba que la asistencia prestada en el primer ingreso hospitalario, desde el 17 al 20 de mayo de 2016, en base a la clínica que presentaba el paciente, fue la adecuada. Respecto al segundo ingreso, entre el 26 y 30 de mayo de 2016, indicaba que *“El paciente fue alta hospitalaria el 30 mayo de 2016 con dichas alteraciones en las pruebas complementarias. Si bien el informe de alta indica que la evolución del paciente fue favorable, igualmente indica que “no se aprecia afectación de perfil hepático”.* Consideramos, tal como hicimos referencia en el informe previo, que ante las alteraciones analíticas y los hallazgos del TAC el paciente debió continuar hospitalizado para completar estudio. En este caso posiblemente se hubiera diagnosticado con anterioridad el hepatocarcinoma; podemos considerar que hubo un retraso en el diagnóstico”. Y, respecto del tercer ingreso, entre el 26 de junio y el 7 de julio de 2016, en el que presentaba un deterioro importante, falleciendo, afirma que *“Sin embargo teniendo en cuenta la gravedad de la patología, consideramos que el retraso de menos de 1 mes en el diagnóstico del hepatocarcinoma no influyó en la fatal evolución al éxodo del paciente”.*

**DECIMOSEPTIMO.**- Por acuerdo de 6 de junio de 2022 se ordenó la apertura de un tercer trámite de audiencia que se notificó electrónicamente a la representante de los reclamantes el mismo día. No consta la presentación de alegaciones.

**DECIMOCTAVO.**- El 24 de febrero de 2023 se elevó propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por no concurrir los requisitos legalmente exigibles para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

**DECIMONOVENO.**- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando una copia del expediente y el extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y 81 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. Los reclamantes han acreditado, con copia del Libro de Familia, su legitimación para formular la pretensión indemnizatoria objeto del presente procedimiento, por haber sufrido el daño moral causado por la pérdida de su

padre y esposo, respectivamente, pudiendo ejercer su pretensión indemnizatoria a tenor de lo previsto por el artículo 32.1 LRJSP.

Por su parte, la Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse los daños al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. La reclamación fue presentada dentro del plazo de un año establecido al efecto en el artículo 67.1 LPACAP puesto que el fallecimiento se produjo el día 7 de julio de 2016 y su presentación en el registro tuvo lugar el 19 de mayo de 2017.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales que integran esta clase de procedimientos. No obstante, se debe llamar la atención por el excesivo tiempo de tramitación, que se debió, en su mayor parte, al retraso de más de tres años en la evacuación del primer informe de la Inspección Médica, solicitado el 4 de diciembre de 2017 y emitido el 23 de febrero de 2021.

### **TERCERA. Sobre el fondo del asunto.**

I. Son requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración la concurrencia de un hecho, acción u omisión que resulte imputable a la Administración; la producción de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar, y la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre aquel hecho, acción u omisión y el mencionado daño o perjuicio, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal ni en particular la concurrencia de fuerza mayor. Tales exigencias están contenidas en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP y han sido precisadas por constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y reiterada doctrina de los diferentes Órganos consultivos, correspondiendo al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

II. Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los razonablemente posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03, entre muchos otros, de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la "*lex artis ad hoc*" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta en el caso de que se trate, 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. La "*lex artis*", por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la "*lex artis*" responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de

los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

Para la Administración, además de los informes de los facultativos intervenientes, de preceptiva incorporación al procedimiento (artículo 81.1 LPACAP), su principal apoyo probatorio habrá de ser el informe de la Inspección Médica, dadas las peculiares características que reúne y que pone de manifiesto la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 430/2014, de 9 de junio, al señalar en relación con el indicado informe que “*en la valoración conjunta de la prueba se han de ponderar sus consideraciones médicas y sus conclusiones como elementos de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión de la litis, considerando que su fuerza de convicción reside, además de en su motivación y coherencia, en la circunstancia de que la Inspección Sanitaria informa con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes*”.

III. Dicho esto debe, en primer lugar, dejarse constancia de que la reclamación se funda en la existencia de una pérdida de oportunidad derivada del retraso en el diagnóstico de la enfermedad padecida por el fallecido, y que los reclamantes solicitan que se les reconozca el derecho a percibir una indemnización, cuyo importe no han concretado durante la tramitación del procedimiento.

1. En apoyo de la reclamación presentaron un dictamen pericial en el que, al analizar la actuación de los servicios sanitarios, se admite que la prestada por el Servicio de Urgencias del HUVA los días 17 y 22 de mayo de 2016 fue correcta, mientras que no merece la misma consideración la del Servicio de Cirugía del mismo centro en las ocasiones en que actuó.

A) Así, atención practicada entre el 17 y 20 de mayo de 2016, el perito de parte encuentra las primeras contradicciones que le llevan a afirmar: “*Por tanto, ante la existencia de caquexia y pudiendo existir complicaciones sobrevenidas como una colecistitis, el diagnóstico diferencial inicial es la búsqueda de un tumor maligno. Por tanto, aunque el TAC sin contraste no informa de patología maligna, prima la situación clínica de paciente, debiendo haber solicitado un TAC con contraste para delimitar el diagnóstico diferencial. Así mismo, al practicar la laparoscopia podemos observar en el informe quirúrgico que existía líquido ascítico [...] indican claramente que la ascitis aparece en hasta un 50% de las ocasiones en un cáncer abdominal y que el líquido ascítico debe ser analizado con fines diagnósticos y terapéuticos, no realizándose en el paciente. Todo ello unido al hábito alcohólico del paciente (solo había dejado el mismo hacía dos años) que es el segundo factor de riesgo para sufrir hepatocarcinoma (solo por detrás del virus de la Hepatitis B y C). Así mismo, el Estado B del Hepatocarcinoma puede verse aparejado a la existencia de una colecistitis. Es por tanto la no valoración del paciente en su conjunto lo que ha generado un diagnóstico erróneo. Por tanto, debemos determinar que no existe una correcta actuación en el ingreso*”.

B) En la actuación desarrollada por dicho Servicio en el segundo ingreso, entre los días 23 y 30 de mayo en que fue dado de alta, el dictamen médico pericial destaca “*Al practicar TAC abdominal se evidencia un derrame pleural no evidenciado de manera previa encontrándose entre las etiologías posibles una patología tumoral (aunque bien es cierto que también las patologías infecciosas); apareciendo una desestructuración del Lóbulo Hepático Derecho con trombo en rama portal derecha. Es bien conocida la relación entre la Trombosis Portal y el Cáncer Hepático. Pese a esto, tampoco se realizan estudios selectivos ni se realiza un análisis comparativo con los estudios previos. Tampoco se punciona la masa hepática, que sí se punciona en el ingreso del exitus y que hubiera desencadenado el diagnóstico, tampoco se practica TAC con contraste (que tampoco se practica en anterior ingreso) y que si se practica en el último ingreso. Entendemos que no existe una correcta praxis*”.

C). Lo anterior lleva a su autor a afirmar (Antecedente Undécimo) la inadecuación de la actuación al estándar, dilatando el diagnóstico hasta prácticamente el exitus, y que “[...] un diagnóstico correcto y a tiempo hubiera aumentado la esperanza de vida y la calidad de misma, evitando sufrimiento tremebundo del paciente y de los familiares sin un tratamiento correcto”.

2. De contrario encontramos, en primer término, el informe de la doctora Furos Bernal (Antecedente Sexto), concluyente respecto de la adecuada actuación de dicho Servicio a la vista de los hallazgos de las distintas pruebas realizadas. En segundo lugar, el informe del Jefe del Servicio de Aseguramiento y Prestaciones, que viene a reconocer que, en la primera asistencia, la prestada tras el ingreso de 17 de mayo de 2016, “*El diagnóstico, indicación quirúrgica y tratamiento fueron adecuados y conforme a la patología aguda presentada por*

*el paciente". "La actuación de los profesionales puede ser considerada pertinente a la sintomatología presentada y resultado de las pruebas diagnósticas practicadas por el paciente". Respecto de la segunda, la prestada entre el 22 y el 30 de mayo, señala que "El ingreso, el manejo del paciente y los medios diagnósticos puestos a disposición del mismo durante este ingreso fueron los adecuados a la patología presentada por el mismo. No se puede objetivar, a la vista de las pruebas obrantes en el expediente, ninguna actuación incorrecta de los profesionales a cargo del paciente". Respecto a la tercera estancia se limita a relatar como transcurrió hasta el fallecimiento el 7 de julio. Finalmente, como ya se ha expuesto (Antecedente Noveno) se refiere a que el "El hepatocarcinoma no suele presentar ningún síntoma hasta etapas muy tardías de su desarrollo. Ello se debe a que el interior del hígado no duele y puede albergar gran cantidad de tumor sin que aparezcan síntomas. De manera excepcional, tumores pequeños pueden dar síntomas porque obstruyan la vía biliar y aparezca ictericia, o bien porque se rompan y produzcan hemorragias". Como resumen del juicio global que le merece la asistencia prestada en el HUVA, formula la conclusión número 16, acuyo tenor "La actuación de los profesionales puede ser considerada pertinente a la sintomatología presentada y resultado de las pruebas diagnósticas practicadas por el paciente".*

3. Hasta aquí se observa la discrepancia de opinión entre la facilitada por el perito de parte y esos informes aportados por el SMS. Ahora bien, en el expediente obran otros dos informes que gozan de una especial consideración por el órgano del que emanan, la Inspección Médica. En el evacuado el día 22 de abril de 2019 ya señaló que en el primer ingreso el paciente fue intervenido quirúrgicamente mediante colecistectomía "que es el tratamiento indicado en esta patología", pero en cuanto a la atención dispensada en el segundo ingreso, del día 22 al 30 de mayo de 2016, sus afirmaciones son las siguientes: "3- Durante este segundo ingreso se pusieron de manifiesto otros hallazgos de interés clínico tanto en los análisis de laboratorio como en las pruebas de imagen. No consta en la documentación clínica que los resultados de dichas pruebas fueran consideradas en el estudio del paciente lo que habría posibilitado diagnosticar con anterioridad el hepatocarcinoma. Hubo por tanto un retraso en el diagnóstico. 4- En esta situación el paciente habría continuado ingresado y se habrían aplicado los tratamientos adecuados para el cáncer que padecía. Dada la gravedad de esta patología posiblemente su evolución hacia el exitus no habría variado". En el informe complementario de 3 de junio de 2022 confirmó su opinión sobre la existencia de retraso en el diagnóstico, indicando que "El paciente fue alta hospitalaria el 30 mayo de 2016 con dichas alteraciones en las pruebas complementarias. Si bien el informe de alta indica que la evolución del paciente fue favorable, igualmente indica que "no se aprecia afectación de perfil hepático". Consideramos, tal como hicimos referencia en el informe previo, que ante las alteraciones analíticas y los hallazgos del TAC el paciente debió continuar hospitalizado para completar estudio. En este caso posiblemente se hubiera diagnosticado con anterioridad el hepatocarcinoma; podemos considerar que hubo un retraso en el diagnóstico". Igualmente, confirmó dicho retraso no influyó en el desenlace diciendo que "Sin embargo teniendo en cuenta la gravedad de la patología, consideramos que el retraso de menos de 1 mes en el diagnóstico del hepatocarcinoma no influyó en la fatal evolución al exitus del paciente".

4. Para la Administración, además de los informes de los facultativos intervenientes, de preceptiva incorporación al procedimiento, su principal apoyo probatorio ha de ser el informe de la Inspección Médica, dadas las peculiares características que reúne y que pone de manifiesto la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 430/2014, de 9 de junio, al señalar en relación con el indicado informe que "en la valoración conjunta de la prueba se han de ponderar sus consideraciones médicas y sus conclusiones como elementos de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión de la litis, considerando que su fuerza de convicción reside, además de en su motivación y coherencia, en la circunstancia de que la Inspección Sanitaria informa con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes".

5. La difícil situación vivida por los reclamantes, viendo el padecimiento de su familiar, ha quedado demostrada en el expediente. Así consta en la "Nota de paciente", de 6 de julio de 2016, a las 11:40:50 horas, que figura como "Respuesta de Interconsulta-UCP Dr. W". Su texto es el siguiente "Situación final de la vida. Tranquilo, confortable. Abundantes secreciones que ha sido necesario aspirar durante la noche. Acompañado de forma permanente por su esposa y sus tres hijas informadas de la situación y conformes con medidas encaminadas a evitar el sufrimiento". Tales medidas son las adoptadas anteriormente, el mismo día, a las 10:15:07 horas según el mismo documento de "Nota Paciente" en el que figura, bajo la indicación de "Evolución paciente HOS", de la doctora B, lo siguiente: "Situación de agonía. Retiro NPT y resto de medicación salvo perfusión de morfina+midazolam. Añado buscapina. Curso aislamiento".

#### **CUARTA .- Sobre la pérdida de oportunidad alegada.**

En una valoración conjunta y a la luz de la sana crítica del conjunto de la prueba, en particular, de los informes de la Inspección Médica, este Consejo Jurídico considera que el funcionamiento del servicio público sanitario adoleció de anomalías, no ajustándose al estándar de prestación exigible. El hecho de que no se valoraran determinadas pruebas practicadas durante su ingreso en el hospital y de que se diera de alta al enfermo el 30 de mayo de 2016, en lugar de haberlo mantenido ingresado para continuar realizando las que sugería el estudio de las mismas, no es acorde con el estándar exigible al servicio sanitario, lo que obliga a apreciar la existencia de mala praxis.

Ya, antes de ese momento, en la primera asistencia en Urgencias, entiende el informe médico pericial aportado por los reclamantes que no se actuó correctamente, pues allí señala su autor que *"Es por tanto la no valoración del paciente en su conjunto lo que ha generado un diagnóstico erróneo. Por tanto, debemos determinar que no existe una correcta actuación en el ingreso"*.

La infracción de la *lex artis* fue la causante de una demora en el diagnóstico que, si bien no hubiera evitado el fatal desenlace, como asegura la propia Inspección Médica, sí hubiera permitido un tratamiento de la patología minorando el sufrimiento del enfermo con aplicación de la medicación adecuada tempranamente, y no, como acaeció, solo en el último día de su existencia.

Es contundente la Inspección Médica ya en su primer informe en el que afirma *"Durante este segundo ingreso se pusieron de manifiesto otros hallazgos de interés clínico tanto en los análisis de laboratorio como en las pruebas de imagen. No consta en la documentación clínica que los resultados de dichas pruebas fueran consideradas en el estudio del paciente lo que habría posibilitado diagnosticar con anterioridad el hepatocarcinoma. Hubo por tanto un retraso en el diagnóstico. 4- En esta situación el paciente habría continuado ingresado y se habrían aplicado los tratamientos adecuados para el cáncer que padecía. Dada la gravedad de esta patología posiblemente su evolución hacia el exitus no habría variado"*. La falta de valoración de los resultados de las pruebas de imagen y de los hallazgos en los análisis no puede ser entendida más que como una grave infracción de la *lex artis* que, por su importancia, obliga a la Inspección a destacarla, demostrando así la imparcialidad y objetividad en el desempeño de sus funciones que la hacen merecedora de una especial consideración en la evaluación de las pruebas presentadas.

La propuesta de resolución niega la efectividad del daño al tener en cuenta que el retraso fue inferior a un mes y no influyó en la evolución de la enfermedad. Reconoce, no obstante, que ante las alteraciones analíticas y los hallazgos del TAC, el enfermo debió continuar hospitalizado para completar el estudio, tal como señala la Inspección Médica. Frente a ello, considera el Consejo Jurídico, en contra de la propuesta de resolución sometida a consulta, que concurren todos los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño causado, que los reclamantes no tenían el deber jurídico de soportar, lo que determina su antijuridicidad. El daño por el que se reclama no es el fallecimiento en sí mismo considerado, sino el daño moral derivado de la angustia y el desasosiego causado por la contemplación de los padecimientos que el paciente sufrió en el proceso final de su vida. Desde esa perspectiva, su efectividad es innegable. Se trata de un daño que, aún estando acreditado como se ha reflejado en el número 5 de la Consideración anterior, no precisa prueba específica toda vez que se presume sin dificultad la intensidad y efectividad del dolor causado por el quebranto afectivo.

Procede, en consecuencia, declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de los reclamantes a ser indemnizados, pero no por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad sino por la existencia de infracción de la *lex artis*.

En cuanto a la invocación de la doctrina de la pérdida de oportunidad efectuada por los reclamantes, este Consejo Jurídico no la comparte, dado que en su configuración jurisprudencial constituye una vía alternativa a la de la mala praxis para determinar la antijuridicidad del daño y para imputarlo a la actividad sanitaria. De modo que, constatada la existencia de mala praxis, ello excluye la posibilidad de apreciar una pérdida de oportunidad.

En efecto, como ya indicamos en nuestros Dictámenes 52/2015 y 162/2016, entre otros, la aplicación de la pérdida de oportunidad se enmarca, a tenor de lo indicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aquellos supuestos en los que se ha actuado conforme a la *lex artis*, lo que no concurre en el presente caso.

Ha de recordarse al efecto que, si bien existen pronunciamientos judiciales que admiten la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en supuestos de mala praxis médica (por todas, STS, Sala de lo Contencioso-

Administrativo, de 12 de julio de 2007, Rec. 92/2003, STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 470/2010, de 14 mayo, STSJ de Castilla y León, Sede Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1917/2015, de 9 septiembre, y del propio TSJ de la Región de Murcia, del mismo orden jurisdiccional, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 136/2016, de 19 febrero), lo cierto es que la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo predominante en la actualidad excluye la aplicación de esta doctrina cuando se ha acreditado la existencia de una actuación contraria a normopraxis. Así la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 3 de diciembre de 2012 (recurso de casación para unificación de la doctrina) expresa en este sentido:

*"Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de 27 de septiembre de 2011, recurso de casación 6280/2009, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad recordando otras anteriores:*

Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8082), recurso de casación 1593/2008:

*"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 (...), como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993) configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio público. Sin embargo, en todos estos casos el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio público otros parámetros de actuación (...)"*. En el mismo sentido, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4<sup>a</sup>, de 3 de octubre de 2014".

No obstante, la STS, 3<sup>a</sup>, de 24 de abril de 2018, establece precisiones respecto a la aplicación de esta doctrina incluso en supuestos en los que conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta estaría vedada, como serían aquellos en los que se hubiera apreciado la existencia de una mala praxis, y lo hace en los siguientes términos: *"se centra el motivo del recurso en el razonamiento de la Sala sobre la existencia de un tratamiento contrario a la "lex artis", pero ello se contempla a los solos efectos de una valoración genérica y abstracta de dicho tratamiento, porque en el caso de autos, atendidas las condiciones del paciente y de la sintomatología que presentaba en el primer tratamiento, unido a la incertidumbre de las pruebas aconsejadas, la Sala considera que las secuelas no traen causa de esas omisiones, por lo que se reconduce la pretensión a la doctrina de la pérdida de oportunidad, precisamente por esa desvinculación entre tratamiento y resultado o, si se quiere, en una ruptura del nexo causal entre la asistencia sanitaria que le había sido prestada al paciente y el resultado producido. Por ello no cabe apreciar vulneración de la jurisprudencia que se cita en relación con la incompatibilidad entre pérdida de oportunidad y actuación contraria a la "lex artis", porque la Sala considera que, en el caso de autos, existió esa actuación contraria pero no fue la determinante de las lesiones".*

No es esto es lo que ocurre en el supuesto sometido a consulta pues, del análisis conjunto de la prueba y de los informes unidos al expediente, cabe entender que el retraso en el diagnóstico del hepatocarcinoma que sufría el señor Y, aunque no incidió de modo determinante en sus posibilidades de supervivencia, sí le privó del tratamiento medicamentoso que hubiera aliviado su sufrimiento y el de sus familiares hasta el último día de su vida.

En consecuencia, la doctrina de la pérdida de oportunidad no sería aplicable en el caso sometido a nuestra consideración, pues existió una mala praxis en la atención prestada.

#### **QUINTA.- Quantum indemnitorio.**

Pretenden los reclamantes ser indemnizados, pero no indican cantidad concreta, es más, en su escrito de alegaciones presentado el día 12 de julio de 2017, la califican de "indeterminada". Es de destacar que la condición de daño moral a indemnizar dota de un especial subjetivismo a la percepción del perjuicio. La cuantificación del daño moral se encuentra siempre impregnada del *"inevitable subjetivismo que conlleva la fijación del llamado *preium doloris*"* (STS, 3<sup>a</sup>, de 26 de mayo de 2015), dado su carácter afectivo, careciendo de módulos objetivos, lo que aboca al operador jurídico a la fijación de una cuantía o cifra razonable que, en términos de equidad, y en atención a las circunstancias concurrentes, permitan entender resarcido el daño moral causado.

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>) en su Sentencia núm. 195/2021 de 7 mayo, en un caso de error de diagnóstico, vino a cuantificar el daño moral objeto del resarcimiento en los siguientes términos “*En segundo término, para valorar el daño moral, debemos atender a los siguientes parámetros. Primero, la cantidad de la indemnización debe ser de cierta entidad; el error o falta de diligencia médica fue grave (según los informes médicos, la radiografía de mayo-2014 presentaba una tumoración en vértece pulmonar derecho “muy evidente” que no fue diagnosticada). Segundo. Se causó un retraso en el diagnóstico de tres meses (de mayo a agosto). Este retraso provocó un daño (daño moral), que se objetiva en la angustia, dolor e inseguridad que sintió el paciente, durante este tiempo y en la probable diferencia (una merma) de pronóstico de supervivencia (en agosto el pronóstico era ya nulo). Asimismo, debido al error de diagnóstico, el paciente se vio obligado a seguir un tratamiento antiinflamatorio, con relajantes musculares y rehabilitación que no era el correcto para la neoplasia pulmonar que padecía. Teniendo en consideración los anteriores datos, fijamos la indemnización en 30.000 euros (10.000 euros para cada recurrente)*”.

En el caso dictaminado encontramos ciertas similitudes con la valoración hecha por el TSJ que, aunque no sean plenamente coincidentes, nos pueden orientar en su determinación. Así, en el caso presente, es cierto que no existe esa especial cualificación (“*muy evidente*”) de la evidencia del diagnóstico omitido, puesto que los hallazgos habidos en las primeras pruebas no eran concluyentes, pero no pueden obviarse porque sí debieron sugerir la necesidad de realización de otras para confirmarlo. En segundo lugar, el retraso en el diagnóstico fue, según la Inspección Médica, de algo menos de un mes, no de tres, lo que permite minorar su importe con respecto al señalado por el Tribunal.

Como consecuencia, entiende el Consejo Jurídico que procede reconocer el derecho a los reclamantes a ser indemnizados en la cantidad de 15.000 euros (3.000 euros para cada reclamante), cantidad que debe ser objeto de actualización por aplicación de lo establecido en el artículo 34.3 LRJSP.

En atención a todo lo expuesto se formulan las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina en sentido desfavorable la propuesta de resolución de la reclamación, que debe ser estimada, al entender este Órgano consultivo que hubo infracción de la *lex artis* en la atención prestada al señor Y, concurriendo los requisitos legalmente exigibles para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

**SEGUNDA.-** La cuantía de la indemnización habrá de ajustarse a lo indicado en la Consideración quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.