

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Décima**

C/ Génova, 10 - 28004

33009750

NIG: 28.079.33.3-2010/0165197



(01) 30030707260

**Procedimiento Ordinario 1081/2010**

**Demandante:** D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

**Demandado:** COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

QBE Insurance Europe Limited. Sucursal en Espana

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

**SENTENCIA N° 605/2012**

Presidente:

**Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS**

Magistrados:

**Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION**

**Dña. EMILIA TERESA DIAZ FERNÁNDEZ**

**Dña. Mª JESUS VEGAS TORRES**

En la Villa de Madrid, a 13 de septiembre de 2012.

Visto el recurso contencioso administrativo número 1081/10 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por doña \_\_\_\_\_, representada por la Procuradora doña Paloma Solera Lama y dirigida por Letrado, contra la resolución dictada en fecha de 2 noviembre de 2010 por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, por delegación del Consejero de Sanidad, desestimatoria de reclamación de responsabilidad patrimonial.

Ha sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada y dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos don \_\_\_\_\_, y codemandada la entidad “ \_\_\_\_\_”, representada por el Procurador don Francisco Abajo Abril y dirigida por el Letrado don \_\_\_\_\_

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso contencioso administrativo, se reclamó el expediente administrativo y siguiendo los trámites legales se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito obrante en autos, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó solicitando que se dictara sentencia en la que se declarase la responsabilidad de la Administración demandada y se la condenara a indemnizar a la recurrente en la cantidad de 300.000 euros más los intereses.

**SEGUNDO.-** La Comunidad de Madrid y “  
contestaron y se opusieron a la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que invocaron, terminando por solicitar que se dictara sentencia que desestimara el recurso.

Habiéndose recibido el proceso a prueba, se practicaron los medios probatorios propuestos y admitidos con el resultado que obra en autos, presentando posteriormente las partes sus respectivos escritos de conclusiones.

**TERCERO.-** Terminada la tramitación del proceso, se señaló para votación y fallo del recurso el día 12 septiembre de 2012, fecha en que tuvo lugar, con observancia en la tramitación del proceso de las reglas establecidas por la Ley.

Ha sido Magistrado Ponente doña Francisca María Rosas Carrión, quien expresa el parecer de la Sección.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Doña \_\_\_\_\_ ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada en fecha de 2 noviembre de 2010 por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, por delegación del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, desestimatoria de la reclamación de la cantidad de 300.000 euros, en concepto de responsabilidad

patrimonial y como indemnización de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su padre, don [redacted], a consecuencia de la falta de diagnóstico tempestivo y de tratamiento precoz y adecuado por parte del “Hospital General Universitario [redacted]”, de Madrid, tanto de la enfermedad de carcinoma de laringe que padecía, como de su recidiva, durante los años 2002 a 2008.

Se insta en la demanda la condena de la Administración demandada al pago de precitada cantidad, y de sus intereses, pretensión que, en síntesis, se asienta en la imputación de mala praxis médica y deficiente gestión de los recursos sanitarios porque, pese a sus síntomas y a sus antecedentes personales y familiares, don [redacted] hubo de esperar más de un año para que se le diagnosticara su enfermedad, sin recibir mientras tanto tratamiento alguno, lo que impidió la detección y la asistencia precoz y dio lugar a la progresión de su enfermedad, y a su ulterior recidiva, que tampoco fue atendida tempestiva y correctamente, con grave disminución de su calidad de vida.

De lo anterior se concluye en la demanda que los servicios sanitarios incurrieron en mala praxis por absoluta falta de diligencia y por desacierto en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, lo que determina la existencia de un nexo causal cierto y directo entre la prestación sanitaria y el resultado producido, añadiendo que, como consecuencia de esa mala praxis se causaron daños indemnizables por los conceptos de: estenosis cicatriciales en laringe que determinan disfonía (de 5 a 12 puntos); tracotomizado con necesidad de cánula (de 35 a 40 puntos); estenosis de faringe con obstáculo a la deglución (de 12 a 25 puntos); parálisis de una cuerda vocal, disfonía (de 5 a 15 puntos); perjuicio estético muy importante (de 15 a 20 puntos); más de 100 días de hospitalización; más de 200 días improductivos; más de 300 días no improductivos; y fallecimiento de víctimas sin cónyuge e hijos hasta 25 años (un solo hijo, de víctima separado legalmente), por todo lo cual, aplicando a título orientativo y de forma ponderada la Ley 30/1995, de 8 noviembre, y la resolución de 24 enero 2008, se reclaman la cantidad de 300.000 euros, que incluso resultaría inferior a la que se derivaría de la aplicación de las tablas pertinentes a los conceptos anteriores, a los que se habrían de sumar los perjuicios físicos, estéticos, psicológicos y el daño moral tanto del paciente como de su única hija.

La Comunidad de Madrid y “QBE INSURANCE (EUROPE) LTD., SUCURSAL EN ESPAÑA” sostienen, por el contrario, que la atención médica dispensada al paciente se ajustó a la “lex artis” y que no ha quedado acreditada la relación de causalidad entre aquella y el daño alegado.

**SEGUNDO.-** Del expediente administrativo y de las pruebas practicadas en el proceso resulta la realidad de los hechos que narramos a continuación, los cuales son jurídicamente relevantes para la resolución de la “litis” y aparecen recogidos tanto en el expediente administrativo como en los correspondientes apartados del informe emitido por la Inspección Sanitaria y por el perito designado por la parte actora, doctor , con base en todo lo cual la Sala considera probado que:

1º.- El día 14 de enero de 2002, don , acudió a consulta de ORL en su Centro de Salud, por padecer disfonía de 4 a 5 meses de evolución; habiéndose emitido parte interconsulta para el Hospital . consta en el mismo: "LI2: epiglottis móvil. Fibro: pólipo CVIzda (entre banda y cuerda)" Se le remite a "HGM vía normal".

2º.- El día 18 de febrero de 2002 fue atendido por el Servicio de ORL del citado Hospital, constando en la historia clínica: Disfonía de 7 meses de evolución que se ha hecho progresiva. El paciente refiere cierta mejoría por las mañanas. No fiebre, no pérdida de peso, no disfagia, no disnea. LI: reflejo nauseoso.

A la exploración física se observó, mediante fibrolaringoscopia: lesión vegetante de aspecto polipoideo en banda ventricular izquierda y edema congestivo de la cuerda vocal izquierda con movilidad glótica normal. Bandas hipertrofiadas típicas de fonador de bandas. En el cuello no se palpan adenopatías.

El diagnóstico clínico fue de faringitis crónica, y se le recomendó acudir en 6 meses.

Entonces, el paciente contaba con 49 años de edad y había sido fumador de 60 cigarrillos al día y consumidor en aquel momento de 15 cigarrillos.

3º.- El día 23 de septiembre de 2002 fue atendido nuevamente en el Servicio de ORL del Hospital . En la historia clínica consta: Importante edema de Reincke bilateral. Aconsejo microcirugía. Pido preoperatorio y cito en enero.

Se extendió la correspondiente solicitud para microcirugía.

4º.- El día 22 de noviembre de 2002, desde la consulta preoperatoria del Servicio de Anestesia, se intentó acelerar el estudio preoperatorio, solicitándose su práctica urgente.

5º.- El día 3 de febrero de 2003 fue atendido nuevamente en el Servicio de ORL del Hospital  
En la Historia Clínica consta: "Sigue igual. Curso ingreso. Prioridad: ordinario".

6º.- El día 25 de marzo de 2003, se le practicó una intervención quirúrgica consistente en microcirugía laríngea y, al transcurrir el postoperatorio sin incidencias, se le dio de alta el día 26, indicándosele que acudiera a consulta externa de ORL en el plazo de un mes.

En el Protocolo de la intervención consta: Laringoscopia directa. Muy difícil de realizar la endoscopia. Se observa formación blanquecina en ventrículo izquierdo que se biopsia.

7º.- El día 1 de abril de 2003 se emitió el siguiente informe anatomopatológico de la pieza biopsiada: Se reciben varios fragmentos irregulares de coloración blanquecina etiquetados como procedentes de ventrículo izquierdo. DG10: Área de infiltración por un carcinoma epidermoide pobremente diferenciado.

8º.- El 21 de mayo de 2003 se le realizó microcirugía endolaríngea diagnóstica.

La biopsia intraoperatoria fue informada como carcinoma epidermoide, por lo que, bajo anestesia general, se le practicó hemilaringuectomía vertical frontolateral izquierda.

El resultado histológico de la pieza quirúrgica fue de Carcinoma epidermoide de laringe de bajo grado de diferenciación (GIII), con infiltración vascular, cartilaginosa y de la musculatura profunda y con permeación perineural.

Al considerarse que, cuando se dan estas características en un carcinoma, no existe ninguna terapia que lo pueda controlar y la supervivencia es menor del 10% a cinco años, siendo la norma la recidiva locoregional y las metástasis a distancia, el Comité de Tumores decidió tratamiento complementario mediante Quimio-Radioterapia concomitante que finalizó en el mes de agosto de 2003.

9º.- El día 17 de noviembre de 2003, don \_\_\_\_\_ acudió a nueva revisión, con el siguiente resultado: asintomático. Portador de cánula de traqueotomía, no apreciándose alteraciones a dicho nivel. Edema grado II. No adenopatías a ningún nivel. Resto de la exploración general sin alteraciones. La analítica practicada no muestra alteraciones reseñables a nivel del hemograma, bioquímica, proteínas y EEF y orina elemental. Rx de tórax: sin alteraciones de significado actual.

En las revisiones de febrero y mayo de 2004, el paciente se encontraba asintomático, sin que en las exploraciones realizadas se apreciaran signos o síntomas de interés, por lo que en los informes correspondientes se consideró que se había producido una remisión completa de su proceso laríngeo.

10º.- Con fecha 1 de junio de 2004, don . . . . . acudió a ORL para realización de cierre de traqueostoma bajo anestesia local, y la evolución postoperatoria fue satisfactoria.

11º.- El 12 de Julio de 2004 acudió a Urgencias con dificultad respiratoria de varios días de evolución que había ido empeorando con el tiempo.

Al no presentar mejoría sintomática, al día siguiente se procedió a la reapertura de traqueostoma, mejorando la sintomatología del paciente de forma inmediata.

En la exploración en consulta externa no se evidenció recidiva del tumor primario, por lo que, dada la buena evolución de paciente y el hecho de que realizara él solo los cambios de cánula, se le dio de alta el día siguiente día 15.

12º.-El día 15 de enero de 2005, acudió a revisión, con el siguiente resultado: asintomático. En la exploración ORL locoregionalmente libre de enfermedad. En Rx de tórax se aprecia imagen nodular en el lóbulo superior izquierdo practicándose proyección lordótica con lo que se descarta. Se consideró nuevamente que el paciente estaba en remisión completa de su proceso laríngeo.

13º.- El 4 de mayo de 2005 acudió a Urgencias por presentar hemoptisis de 3-4 días de evolución. A la exploración no presentaba signos de sangrado en resto laríngeo. Traqueostoma: restos hemáticos sin objetivarse lesiones ni sangrado activo. En Rx no se observaban signos de broncoaspiración.

14º.- En informe de 12 de diciembre de 2005 se indicaba lo siguiente: en la última revisión se ha observado orificio de traqueostoma con luz glótica insuficiente encontrándose pendiente de recalibración de la luz glótica transoral. Por fibrolaringoscopia se observa una mucosa íntegra de la porción laríngea remanente sin observar lesiones en la actualidad y con una luz glótica insuficiente. No se observan adenopatías en cuello. Se encuentra pendiente de realizar en 6 meses una recalibración mediante vaporización con láser CO2 por vía transoral de la luz glótica con el fin de poder cerrar en un futuro el estoma traqueal.

Se le citó a consulta a los 6 meses.

15º.- En la revisión efectuada el 19 de mayo de 2006 resultó a la exploración ORL locoregionalmente libre de enfermedad aunque con escasa luz glótica por lo que quedó pendiente de cirugía de reconstrucción de dicha luz glótica. La analítica no mostraba alteraciones. En Rx de torax no se apreciaron cambios ni alteraciones. En resumen, se indicó la remisión completa de su proceso laríngeo.

16º.- El día 1 de enero de 2007 acudió nuevamente al Hospital por afonía completa, y en el Informe consta: "LI: no se ven lesiones. Hemilaringuectomía izquierda. Mucosa muy edematosa. JC: edema postRT.".

17.- En el mes de julio de 2008 acudió a consulta.

En un informe de anatomía patológica de 16 de julio de 2007 se indica que se han recibido como procedentes de estoma traqueal dos tomas de 1 mm. que histológicamente corresponden a tejido fibroso, que está ampliamente colonizado por la presencia de un Carcinoma Epidermoide pobremente diferenciado.

El día 31 de ese mes el Servicio de ORL solicitó un TC de cerebro sin contraste para valoración de recidiva en estoma traqueal con infiltración de hipofaringe en paciente con antecedentes de carcinoma faringolaríngeo.

Se informa como masa cervical heterogénea compatible con una recidiva tumoral que se extiende desde el borde libre derecho de la epiglotis hasta el espacio subglótico creciendo por todo el espacio mucoso. La tumoración invade el espacio paralaríngeo extendiéndose hacia el espacio tiroideo e infiltrando prácticamente toda la hipofaringe. La tumoración invade las dos alas del cartílago tiroideos, ambos aritenoides y prácticamente todo el cricoides. Se observa extensión de la tumoración hacia la musculatura pretiroidea y espacio submaxilar izquierdo, donde infiltra la fascia cervical superficial, creciendo hacia la región cutánea-tejido celular subcutáneo del borde superior izquierdo del estoma traqueal. Como conclusión: Recidiva tumoral con extensión transglótica y de prácticamente toda la hipofaringe, que crece hasta el borde superior del estoma.

18º.- El 10 de agosto de 2007, don \_\_\_\_\_ fue atendido en el Servicio de anestesia, previamente a intervención de microcirugía laríngea, que se efectuó el día 16 de dicho mes, bajo anestesia general, siendo dado de alta el día 17, debiendo volver el día 23.

El Servicio de ORL le programó para Laringectomía total, y con fecha de 24 de agosto se le realizó el estudio preanestésico que no contraindicó la cirugía, firmando el consentimiento informado.

18º.- El día 4 de septiembre de 2007 se le realizó intervención de laringectomía total con cierre directo y colocación de prótesis fonatoria.

Durante el postoperatorio el paciente presentó afagia prácticamente completa sin que el estudio fibrolaringoscópico demostrara anomalías.

Se realizó tránsito digestivo baritado en el que el contraste puso de manifiesto una disminución de la luz digestiva superior.

El 28 de septiembre se realizó endoscopia digestiva alta, en la que se observó una estenosis esofágica proximal muy cercana a la boca de Killian que impedía el paso del endoscopio. La mucosa tenía aspecto friable y sangrante al roce que sugería estenosis benigna, que no era subsidiaria en ese momento de tratamiento mediante dilataciones endoscópicas. El paciente fue dado de alta, debiendo reingresar el día 8 de octubre de 2007 para la realización de esofagoscopia diagnóstica.

19º.- El resultado anatomopatológico definitivo fue: carcinoma epidermoide pobremente diferenciado con infiltración de cara anterior de cartílago epiglótico, puntos de traqueostoma y el margen de resección lateral izquierdo (zona denudada) margen contralateral e inferior libre. El paciente portaba cánula de traqueostomía y sonda nasogástrica.

20º.- El 20 de septiembre se realizó un estudio esofágico que indicó alteración segmentaria del patrón mucoso en esófago proximal de aspecto inflamatorio que puede estar en relación con esofagitis. El resto del esófago mostraba una morfología y patrón mucoso normal; igualmente, se realizó un TC de cuello con contraste

Al no poder tragar, el día 24 de septiembre de 2007 se solicitó interconsulta a Digestivo. El informe de la endoscopia que se le hizo indicaba: estenosis proximal muy cercana a boca de William, circunferencial, que impide el paso del endoscopio pediátrico incluso sin sonda nasogástrica, friable con sangrado al roce, que sugiere estenosis benigna pero que no es subsidiaria de tratamiento endoscópico (dilatación) en el momento actual por componente inflamatorio.



21º.- El 2 de octubre de 2007 se realizó un TC de cuello con contraste que concluyó: cambios postquirúrgicos secundarios a laringectomía total, identificándose una colección adyacente a la neolaringe en lo que correspondería a la base de la lengua, y otra, más caudal a la misma, y que podrían estar en comunicación. La última colección descrita parece fistulizar piel, a valorar clínicamente. Formaciones ganglionares, inespecíficas, aunque alguna de las cuales supera el centímetro de diámetro sin poder descartarse infiltración tumoral, en las cadenas ganglionares de forma bilateral. Alteraciones en estructuras cervicales secundarias a radioterapia.

22º.- El 8 de octubre ingresó nuevamente dado que la anterior endoscopia hubo de ser suspendida a la altura de la hipofaringe al encontrarse la mucosa friable por riesgo de perforación, para realización de esofagoscopia rígida con dilatación esofágica.

23º.- El día 11 de noviembre de 2007 acudió nuevamente a Urgencias por intenso dolor en la zona intervenida y disfagia.

El 20 de noviembre de 2007 se realizó TC de cuello cuyo Informe que concluyó: "desaparición de colección visible en estudio previo. Cambios postquirúrgicos y post-radioterapéuticos. Disminución del calibre de la luz de la oro e hipofaringe".

24º.- El día 25 de noviembre de 2007 acudió nuevamente a Urgencias por persistencia del dolor y aumento de la disfagia, y se le colocó una sonda nasogástrica. Fue dado de alta el día 11 de diciembre, al presentar muy buena tolerancia oral a los alimentos.

25º.- El 26 de diciembre de 2007 se realizó TC de cuello con contraste por presentar importante edema cervical que se informa como: cambios postquirúrgicos. Edema generalizado de tejido celular subcutáneo del cuello. Disminución del calibre de vena yugular interna izquierda y falta de visualización de vena yugular interna derecha, que podría estar en relación con cambios postradioterapia.

26º.- El día 30 de diciembre de 2007 el paciente acudió a Urgencias por: importante edema-inflamación de región cervical y lengua con imposibilidad para apertura bucal, lengua no entra en cavidad oral.

Fue ingresado y se inició tratamiento corticoideo, anticoagulado y analgesia.

Se acordó con la familia y con el paciente su alta hospitalaria debido a que no precisaba tratamiento específico hospitalario que mejorara su cuadro clínico.

27º.- El 4 de enero de 2008 se realizó un TC de cerebro sin contraste, no detectándose alteraciones de significación,

28º.- el día 8 de enero fue remitido a Unidad del dolor crónico y el día 18 a la Unidad de cuidados paliativos.

29º.- El día 17 de febrero de 2008 el paciente acudió nuevamente al Servicio de Urgencias, por salida de la sonda nasogástrica, y ante la imposibilidad de recolocar la sonda se planteó la opción de realizar una gastrostomía bajo anestesia local.

En el estudio preoperatorio se observó, mediante radiología de tórax, un extenso infiltrado intersticial y alveolar bilateral que podría estar justificado por una neumonía bilateral, hemorragia alveolar secundaria a insuficiencia cardiaca.

Dada la mala situación general del paciente se decidió ingreso para tratamiento sintomático.

Durante el ingreso presentó varios episodios hemorrágicos.

Valorado por el Servicio de Medicina Interna, se acordó con la familia evitar tratamientos invasivos/agresivos.

30º.- El día 21 de febrero de 2008 el paciente empeoró, falleciendo a las 20 horas.

**TERCERO.-** Conviene recordar que, según doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada – por todas, las sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, 10 de diciembre de 2009, 23 de febrero de 2010, y las que en ellas se citan-, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) Que el daño o lesión patrimonial sufridos por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal, siendo indiferente la calificación, de los servicios públicos - a lo que se ha homologado “toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo”-, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de

elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) Ausencia de fuerza mayor; y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño, señalándose al efecto que, como la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado “*lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión*”, de forma que, si existe el deber jurídico de soportar el daño, decae la obligación de la Administración de indemnizar.

Según las sentencias citadas, “*a la Administración no es exigible nada más que 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 materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente.*” Lo mismo se declaró en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, en la que se expuso que “*a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios*”; asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007, dijo que “*cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica ó sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la “lex artis” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente*”.

Por ello, y con invocación del criterio jurisprudencial expresado en las dictadas con fechas de 3 de octubre de 2010, 21 de diciembre de 2001, 10 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2005, en la sentencia precitada se continúa declarando que “*(...) la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible. La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico*”.

**CUARTO.-** Como se desprende de los términos en que se ha planteado el debate, y puesto que, frente a lo sostenido por la recurrente en la demanda, la Comunidad de Madrid y “QBE INSURANCE (EUROPE) LTD., SUCURSAL EN ESPAÑA” oponen que la prestación médica se ajustó a la “lex artis”, las cuestiones litigiosas se centran en determinar si, atendidas las circunstancias del caso, fueron correctos y tempestivos tanto el diagnóstico como el tratamiento dispensado a don [redacted] o si, por el contrario, en los años 2002 y principios de 2003 se produjo un indebido déficit de pruebas diagnósticas para descartar la existencia de patologías más graves a las apreciadas, junto a un retraso en la revisión del paciente, que dieron lugar a que el carcinoma de laringe se diagnosticara tardíamente, y si esta circunstancia propició la recidiva de la enfermedad que llevó al desenlace final, lo que habrá de examinarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al que corresponde a la parte demandante *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”*, y corresponde a la parte demandada *“la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*. Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se *“deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”*.

A los indicados efectos, la recurrente ha aportado al proceso un informe médico pericial, emitido a su instancia por don [redacted] Doctor en Medicina y Cirugía y Especialista en Otorrinolaringología; en dicho informe, que fue sometido a contradicción de las partes en comparecencia judicial, el perito, previa expresión de sus fuentes documentales, efectúa una relación de los hechos averiguados, por constar documentados en el expediente administrativo; a continuación, en el informe se exponen conceptos básicos sobre la anatomía, fisiología y patología de la laringe, y sobre los protocolos del cáncer de laringe y sus tratamiento; y después de desarrollar diversas consideraciones médicas sobre el caso, a las que luego haremos referencia, el doctor [redacted] llega a las siguientes conclusiones acerca de la atención dispensada a don [redacted]

*“1. El día 14 de enero de 2002 acudió a su médico de cabecera por disfonía de cinco meses de evolución. El paciente tenía 47 años de edad y era muy fumador y bebedor importante.*

2. La médico de Atención Primaria u otorrinolaringólogo de Ambulatorio que le atendió diagnosticó una lesión de aspecto polipoide entre banda y cuerda vocal izquierda, y le remitió al Servicio de ORL del Hospital

3. Un mes más tarde, el 18 de febrero de 2002 fue atendido en el citado hospital, y el médico que le examinó confirmó la existencia de una lesión polipoide en banda ventricular e inflamación edematosa de cuerda vocal izquierda, y le diagnosticó de laringitis crónica y le recomendó volver en seis meses.

4. El citado facultativo no solicitó ninguna prueba o estudio complementario.

5. Una lesión polipoide en banda ventricular, en un paciente de 47 años de edad, muy fumador y bebedor, con una disfonía de siete meses de evolución, constituyen factores de riesgo muy importantes a tener en cuenta que obligan a descartar una patología de mayor entidad clínica que un proceso crónico.

6. El proceder recomendado por el protocolo en estos casos aconseja la biopsia de la lesión para constatar fehacientemente las características histológicas de la lesión.

7. Ante una lesión de esas características que no se ha comprobado histológicamente no es admisible una revisión tan tardía (a los seis meses).

8. Seis meses después, el 23 de septiembre de 2002 el paciente es diagnosticado de Edema de Reincke y se le aconsejó tratamiento quirúrgico, solicitándose el mismo día el estudio preoperatorio.

9. Otros seis meses más tarde, y quince después de haber sido remitido por su médico de Atención Primaria, el día 25 de marzo de 2003, fue intervenido de la lesión que presentaba.

10. El tiempo transcurrido entre la solicitud del estudio preoperatorio y la realización de la intervención (seis meses) es excesivo, habida cuenta de que cualquier proceso puede empeorar y evolucionar negativamente en ese plazo de tiempo.

11. En la intervención se apreció una lesión en el ventrículo (entre banda y cuerda) como ya anticipó quince meses antes el médico que lo remitió al Hospital, y que fue biopsiada.

*12. El resultado de la biopsia fue de carcinoma epidermoide de laringe pobremente diferenciado, que reviste una gran capacidad de agresividad tumoral.*

*13. Tras la intervención fue dado de alta al día siguiente y se le recomendó volver un mes más tarde a consulta.*

*14. En ese tiempo, a pesar de que se dispuso del informe de anatomía patológica el día 1 de abril de 2003, el paciente, al parecer, no fue avisado para su tratamiento inmediato.*

*15. El día 5 de mayo de 2003 se confirmó, mediante TC y nueva fibroscopia laríngea, el verdadero y gran alcance de la lesión.*

*16. El paciente firmó el Consentimiento Informado para ser intervenido de Laringuectomía parcial y, si necesario, Laringuectomía total.*

*17. El día 21 de mayo de 2003 fue intervenido de Hemilaringuectomía Vertical Frontolateral Izquierda (laringuectomía parcial).*

*18. La operación realizada se ajusta al protocolo de aquellos años, según el estadiaje que presentaba el tumor en ese momento.*

*19. En el estudio anatomo-patológico de la pieza operatoria se detectó una gran invasión tumoral en la profundidad de los tejidos con márgenes quirúrgicos positivos para tejido tumoral.*

*20. A la vista de la extensión y características histológicas de la lesión, y del nuevo estadiaje postoperatorio, según el protocolo estaba indicada la realización de una técnica quirúrgica de rescate que contemplase una mayor resección.*

*21. El día 3 de junio de 2003 el médico que le atendió le propuso realizar una Laringuectomía Total de rescate que, al parecer, el paciente rechazó.*

*22. No constan los motivos por los que el paciente rechazó dicha intervención, ni si estaba suficiente y convenientemente informado de las consecuencias que esta decisión podría suponer en el futuro.*

23. *El mismo día 3 de junio de 2003 el paciente fue remitido al Servicio de Oncología para tratamiento Químio-Radioterápico.*

24. *El protocolo de aquellos años aceptaba el tratamiento quimio-radioterápico asociado en este tipo de tumores en ese grado de invasión.*

25. *El tratamiento quimio-radioterápico fue administrado según protocolo desde junio a agosto de 2003.*

26. *Según los informes del Servicio de Oncología, el paciente alcanzó la situación de remisión completa tras el tratamiento, y la mantuvo hasta mayo de 2006, según las revisiones que se le realizaron cada seis meses.*

27. *A pesar de alcanzar la remisión completa, era esperable una recidiva en cualquier momento por el alto grado de malignidad del tumor.*

28. *Tras la intervención de laringuectomía parcial, el paciente presentó sucesivas complicaciones: imposibilidad de decanulación y dificultad a la deglución, entre otras.*

29. *El paciente fue tratado varias veces por el Servicio de ORL para intentar solucionar estos problemas, fracasando todos los intentos.*

30. *El día 1 de enero de 2007 acudió a urgencias por afonía completa, y a la exploración solo se le detectó un cuestionable edema post-radioterapia, y no se le realizó ningún estudio radiológico (TC).*

31. *El día 1 de junio de 2007 acudió nuevamente a Urgencias por tumoración cervical e intenso dolor y se le diagnosticó de posible recidiva. Se le remitió a consultas ORL, pero tampoco se le realizó ningún estudio radiológico (TC).*

32. *El día 3 de julio de 2007 consultó nuevamente por la misma sintomatología, y el médico que le atendió le diagnosticó de "faringitis-sequedad" y le aconsejó acudir a la consulta ORL en la fecha citada previamente: septiembre.*

33. *El día 6 de julio de 2007 acudió a consulta de ORL y el médico que le atendió apreció una lesión ulcerada en traqueostoma, que biopsió.*

34. El resultado de la biopsia confirmó la existencia de una recidiva de carcinoma epidermoide pobremente diferenciado.

35. En el estudio radiológico (TC) efectuado en 31 de julio de 2007 se puso de manifiesto la existencia de una recidiva tumoral con extensión transglótica y de prácticamente toda la hipofaringe que crecía hasta el borde superior del traqueostoma.

36. Un mes más tarde, el 4 de septiembre de 2007, se le sometió a tratamiento quirúrgico de rescate tumoral consistente en faringolaringuectomía total con cierre directo y colocación de prótesis fonatoria primaria.

37. La intervención de rescate realizada se ajusta al protocolo.

38. La intervención practicada, presentó, entre otras complicaciones: afagia completa (imposibilidad de deglutir), que requirió sonda nasogástrica de alimentación permanente.

39. El 30 de diciembre de 2007 acudió a Urgencias por gran edema facial, siendo diagnosticado de linfodema secundario a trombosis de vena yugular derecha e izquierda de origen tumoral.

40. El paciente fue atendido por diferentes servicios (Medicina Interna, Unidad de Dolor, Hematología, Paliativos, etc.) de todas las complicaciones e incidencias que surgieron, sin lograr alcanzar un éxito terapéutico.

41. El día 21 de febrero de 2008 se produjo el exitus del paciente.

42. El Dr. \_\_\_\_\_ en su informe de fecha 17 de febrero de 2009, incurre en un error en la recogida y/o exposición de los hechos al relatar que la lesión extirpada a D. Serrano el día 25 de marzo de 2003 era negativa para malignidad.

43. Tal y como se ha constatado suficientemente ut supra, el informe anatomopatológico de fecha 1 de abril de 2003 lo diagnostica de carcinoma epidermoide pobremente diferenciado.



44. *En el Informe emitido por la Inspección Médica, de fecha 31 de marzo de 2009, inexplicablemente se recoge y no se contrasta el mismo error del informe del Dr. influyendo en las conclusiones.*

45. *En el Informe emitido por el Servicio Madrileño de Salud, de fecha 21 de junio de 2010, también se recoge el mismo error anterior, influyendo en las conclusiones.*

46. *En el Informe del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de fecha 22 de septiembre de 2010 y, consecuentemente, en la Resolución de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, de fecha 2 de noviembre de 2010, también se recogen el mismo error citado, influyendo en las conclusiones.*

47. *Ninguno de los cinco informes citados hace referencia a la consulta que tuvo lugar el 18 de febrero de 2002.*

48. *Ninguno de los cinco informes citados hace referencia a los plazos de tiempo transcurridos entre unas consultas y otras”.*

En el apartado de consideraciones médicas de su informe, el doctor fundamenta las precitadas conclusiones analizando y comentando detalladamente lo actuado en la consulta de atención de enero de 2002 y en la asistencia prestada al paciente por el Hospital

desde febrero de 2002 hasta su fallecimiento, lo que resume, posteriormente, en el apartado de Consideraciones Médico-Legales Finales, que recogen lo siguiente:

*“El paciente D. acudió a consulta a su médico de cabecera el 14 de febrero de 2002 por disfonía, y éste lo diagnosticó de lesión polipoidea laríngea y lo remitió al Hospital*

*El día 18 de febrero de 2002, un mes más tarde, fue atendido en el citado Hospital y el médico que le atendió no apreció las mismas lesiones que el médico anterior y, a pesar de los signos de mal pronóstico (fumador y bebedor, y más de siete meses de disfonía; y de lesión polipoidea sospechosa en una zona laríngea de alto riesgo), no se atuó a protocolo, y no indicó biopsia de confirmación.*

*Por lo tanto no se realizó un diagnóstico precoz. La obtención de los mejores resultados en la patología tumoral, sea cual sea su localización, se basan exclusivamente en el diagnóstico precoz*

*y en el establecimiento del tratamiento adecuado con carácter inmediato (Véase pág. 19 de este IMP). En este sentido, todos los esfuerzos de la Medicina Actual van encaminados a favorecer la detección lo más precozmente posible de cualquier tipo de incidencia maligna o sospechosa de malignidad. Los múltiples programas de detección del cáncer son sobradamente conocidos por todo el mundo, y su difusión en todos los medios de comunicación social y científica es evidente. Por lo tanto, los protocolos médicos de actuación en este sentido deben ser conocidos y aplicados sin excusa por cualquier facultativo.*

*De haberse realizado un estudio biopsico de la lesión de D. en esas fechas, muy probablemente podrían haberse dado dos posibilidades:*

*a) Que se hubiera confirmado el carcinoma. En ese momento de la evolución la invasión tumoral habría sido mínima, por lo que, una vez practicada la cirugía que hubiese requerido el caso en ese momento, tanto el pronóstico, como la supervivencia habrían sido muy diferentes.*

*b) Que no se hubiera confirmado el carcinoma, pero que se hubiesen detectado en el estudio histológico de la biopsia, áreas importantes de displasia epitelial que, aunque no constituyesen un carcinoma, hubiera puesto sobre aviso al Servicio de ORL de la necesidad de revisiones periódicas muy frecuentes con nuevas biopsias hasta confirmar la aparición del carcinoma en fechas posteriores, y su consecuente tratamiento quirúrgico ad hoc.*

*Las posibilidad de que se hubiera detectado una lesión completamente benigna en ese momento eran prácticamente nulas, pues un paciente fumador y bebedor con ese tipo de lesión, ya presenta, por definición una lesión crónica evolutiva y, como se ha explicado más arriba, con el tiempo, evolucionan hacia la malignidad (Véase pág. 19 de este IMP).*

*El 23 de septiembre de 2002 otro facultativo le diagnostica de Edema de Reincke, pero este no aprecia o no confirma la lesión polipoidea, por lo que el diagnóstico al menos resulta cuestionable, pero se le propone tratamiento quirúrgico y se le solicita estudio preoperatorio.*

*El tratamiento quirúrgico tuvo lugar seis meses más tarde (quince meses desde que lo remitió su médico de cabecera) y el resultado fue de carcinoma epidermoide.*

*El primer tratamiento quirúrgico se acomete dos meses más tarde, a pesar de que los resultados anatomopatológicos se recibieron antes (1 de abril de 2003). No es entendible por qué se*

*le citó para un mes después de la biopsia y no se intentó localizar al paciente lo antes posible para someterle a tratamiento quirúrgico, por varias razones:*

*a) En la biopsia ya se sospechó o debió sospecharse malignidad por parte del cirujano: una lesión blanquecina en el vestíbulo laríngeo es siempre sospechosa.*

*b) El informe anatómo-patológico se obtuvo siete días después de la biopsia, y "nadie hizo nada".*

*El tratamiento quirúrgico propuesto fue de Hemilaringuectomía vertical frontolateral izquierda, pero, sin embargo, el paciente autorizó en el consentimiento informado la práctica de una Laringuectomía Total si fuera necesario.*

*No se dispone en el Exp. Aditivo. de la información suficiente como para poder determinar el motivo que llevó al cirujano a no realizar la Laringuectomía Total cuando a lo largo de la intervención debió comprobar la gran extensión de la lesión. Las razones pueden estribar en lo hablado entre el cirujano y el paciente.*

*Cuando se recibe el nuevo informe anatómo-patológico en el que se pone de manifiesto que los márgenes de la lesión no han sido completamente extirpados y que hay invasión tumoral en los tejidos circundantes, el cirujano que le operó previamente, propuso a D. la práctica de una Laringuectomía Total que, el paciente, al parecer, rechazó prefiriendo realizar Radioterapia.*

*En la elección del tratamiento por parte de D. pudieron incidir varios factores:*

- 1. El probable deseo de no querer perder la voz, a cualquier precio.*
- 2. El probable desconocimiento, por parte del paciente, de las consecuencias que su decisión pudiera tener en el futuro.*
- 3. El probable desconocimiento, por parte del paciente, de que con el tratamiento elegido no se garantizara la curación completa nada más que en la tercera parte de los casos según, el protocolo y la experiencia de aquel momento (Véase pág. 32 de este IMP).*
- 4. No es desdeñable la posibilidad de que el paciente y/o su familia presentaran cierto grado de descontento y falta de confianza en el equipo médico o la institución que influyera en la toma de la decisión que nos trae, lo que puede sospecharse por lo que se ha encontrado en la Historia Clínica:*

a). D. y su familia llevaban quince meses acudiendo al Hospital por el mismo motivo, y el Servicio de ORL tardó trece meses en establecer un diagnóstico anatómico-patológico maligno del proceso, cuyo origen los familiares, indudablemente, relacionan con la sintomatología que motivó la primera consulta.

b). Este descontento se veía, además, reforzado por los larguísimos plazos de espera que transcurrieron entre las propias consultas y las revisiones, y el tiempo que transcurrió (y que se perdió) entre la solicitud del estudio preoperatorio y la realización del tratamiento quirúrgico (a pesar de que la Dra. el Servicio de Anestesia rogase por favor su aceleración).

No obstante, estos dos apartados deben contemplarse con las naturales reservas, pues no dejan de ser conjeturas de este Perito.

En cualquier caso, la decisión que al parecer se tomó de rechazar la Laringectomía Total de rescate en ese momento (mayo de 2003), condicionó la evolución posterior de la enfermedad y, a pesar de haber permanecido en la situación de remisión completa durante poco más de tres años, al final presentó una recidiva tumoral intratable.

No deja de sorprender, como ya se ha comentado *ut supra*, por qué motivo cuando en enero de 2007 el paciente acudió de urgencia por afonía completa y edema hipofaríngeo, no se le examinara más detenidamente ni se pidiera un estudio radiológico (TC) para descartar la muy esperable recidiva. Se trataba de un paciente diagnosticado de un carcinoma de laringe de una estirpe histológica de alto grado de malignidad y gran capacidad de recidiva e invasión de tejidos anejos, al que se le había realizado una laringectomía parcial en una situación límite, con márgenes positivos para tumor tras la cirugía, y tratado complementariamente con quimio y radioterapia: por lo tanto, los antecedentes de riesgo eran muy elevados.

El paciente llevaba ya tres años y medio en "remisión completa" y cualquier otorrinolaringólogo sabe que antes de transcurrir cinco años desde la quimio-radioterapia se presentan complicaciones en dos tercios de los casos (Véase pág. 33 de este IMP). Posponer la revisión para ocho meses después no es adecuado, pues las probabilidades de aparición de la recidiva eran cada vez mayores e inminentes.

No se pueden hacer conjeturas de qué es lo que se hubiera podido encontrar en ese mes de enero de 2007 en un estudio radiológico, pero las recidivas, como los tumores, crecen siempre de menos a más, y por lo tanto, cuanto antes se aborden mejores soluciones se alcanzan.

*Seis meses más tarde, el 1 de junio de 2007, volvió a consultar de urgencia por los mismos y persistentes síntomas, pero agravados con una hemorragia. No fue hasta el 24 de julio, casi dos meses más tarde, cuando se confirmó la recidiva tumoral: demasiado tarde como para intentar soluciones quirúrgicas que garantizaran un mínimo de supervivencia con una calidad de vida aceptable.*

*Esta recidiva requirió la práctica de la citada intervención de Faringolaringectomía Total ampliada en su resección a las estructuras anejas, en un intento desesperado de salvar lo insalvable.*

*La evolución ulterior era la esperable para estos casos, y las soluciones de las que se disponen, ninguna.*

*Por todo ello no es de extrañar, por evidente, la desesperación que debió padecer el paciente y la familia, especialmente en el tramo final de la enfermedad, por las cada vez mayores complicaciones que presentaba, que le llevó a consultar hasta diez veces de urgencia (17.7.2004, 4.5.2005, 1.1.2007, 1.6.2007, 3.7.2007, 20.7.2007, 11.11.2007, 25.11.2007, 30.12.2007 y 17.2.2008; págs. 80, 81, 86, 34, 35, 36, 37, 41, 44, 49, 117, 50, 158, 159 respectivamente del Exp. Activo.).*

*Esa misma desesperación e impotencia ante las horribles complicaciones y padecimientos que padeció le llevó a solicitar cuatro veces el Alta Voluntaria (16.9.2007, 29.9.2007, 30.9.2007 y 31.12.2007; págs. 102, 108, 109 y 119 respectivamente del Exp. Activo.)”.*

**QUINTO.-** En este proceso no se han practicado pruebas periciales a instancia de las partes demandada y codemandada, pero a los folios 529 y siguientes del expediente administrativo obra informe emitido por la Inspección Sanitaria, en el que, después de identificar el caso y de reseñar el motivo de la reclamación administrativa y las fuentes consultadas, se reseñan los hechos resultante de la historia clínica del paciente que la inspectora médica consideró relevantes, y entre los que se recoge, en especial, el contenido del informe del Dr. P. \_\_\_\_\_, del Servicio de O.R.L. del Hospital \_\_\_\_\_

A continuación, en el informe se efectúa la siguiente:

**“DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS AVERIGUADOS.**

*5.1 D. Gonzalo Merencio Serrano ingresó el 24-3-03 en el Servicio de O.R.L. del Hospital por presentar disfonía de 7 meses de evolución, y con el diagnóstico de laringitis crónica se le realizó Microcirugía laríngea, que puso de manifiesto la presencia de lesión en cuerda vocal izquierda sin evidencia de tumoración.*

*5.2 Dos meses después, en una revisión, se observa una nueva lesión de la cuerda vocal izquierda por lo que el 21-5-03 se realiza Microcirugía endolaríngea diagnóstica con resultado de carcinoma epidermoide por lo que se practica Hemilaringectomía vertical frontolateral izquierda. Posteriormente se realizó tratamiento complementario mediante Quimioterapia y Radioterapia hasta Agosto de 2003.*

*5.3 Desde entonces acudió a revisiones periódicas que indicaron se encontraba en Remisión completa, situación que se mantuvo hasta Junio de 2007 en que comienza con disfagia.*

*5.4 En Julio de 2007 se confirma recidiva tumoral con extensión transglótica y prácticamente toda la hipofaringe, por lo que el 16-8-07 se realiza Microcirugía endolaríngea diagnóstica y el 3-9-07 Laringectomía total con colocación de prótesis fonatoria.*

*5.5 Desde esa fecha el paciente tuvo varios ingresos para solucionar los problemas que se iban presentando: dilatación esofágica, intenso dolor facial por edema cervico-facial severo secundario a trombosis tumoral de las venas yugulares y ante la falta de respuesta al tratamiento impuesto por Medicina Interna, Hematología, Unidad del dolor, Cuidados paliativos etc. se acuerda con la familia el alta hospitalaria el 28-1-08.*

*5.6 El último ingreso se produce el 17-2-08 por salida de sonda nasogástrica e imposibilidad de recolocar. El paciente presentaba una neumonía bilateral y hemorragia alveolar secundaria a insuficiencia cardíaca, presentando además varios episodios hemorrágicos. La familia de acuerdo con el Servicio de Medicina Interna decide evitar tratamientos invasivos/agresivos, y fallece el 21 de Febrero de 2008”.*

El informe de la Inspección Sanitaria continúa con el siguiente:

*“JUICIO CLÍNICO.*

*D. acudió al hospital en Febrero de 2002 enviado por atención primaria por un cuadro de disfonía de 7 meses de evolución y en las primeras revisiones*

*realizadas en ORL no existía evidencia de malignidad en sus lesiones. Posteriormente en una revisión, apareció una nueva lesión y tras las pruebas oportunas se realiza Microcirugía Endolaríngea que pone de manifiesto la presencia de un Carcinoma epidermoide de laringe de bajo grado de diferenciación ( GIII) con infiltración vascular cartilaginosa y de la musculatura profunda y con permeación perineural. Cuando se dan estas circunstancias no existe terapia que los pueda controlar y la supervivencia es menor del 10% a cinco años siendo la norma la recidiva loco regional y las metástasis a distancia. Se trató al paciente con todos los medios y se logró una remisión completa que duró casi 4 años, pero al cabo de este tiempo presentó una recidiva y a pesar de las terapias empleadas el paciente falleció”.*

A continuación, y por último, expresa las siguientes:

“CONCLUSIONES.

*Los informes clínicos aportados no indican diagnóstico y tratamiento tardío puesto que en las primeras revisiones que se le hicieron no existía evidencia de tumor y cuando la hubo se actuó con el tratamiento adecuado. En cuanto al tiempo en que estuvo en remisión completa el paciente estaba siendo revisado y cuando hubo la recidiva se volvió a actuar.*

*De la información recogida se deduce que la asistencia prestada a D. fue la correcta, no existiendo evidencia de mala praxis en ninguna de las actuaciones”.*

**SEXTO.-** La valoración de la prueba practicada en este proceso aconseja dos consideraciones previas:

La primera de ellas es que las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado, por lo que no prevalecen necesariamente sobre otros medios de prueba, ya que no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, aunque es claro que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna, y en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes.

La segunda, es que en los informes de la Inspección Sanitaria la opinión de los técnicos se obtiene extraprocesalmente, por lo que la fuerza vinculante de sus opiniones no tiene las características de la prueba pericial, pero ello no supone que quede privada de todo valor, ya que puede ser ponderada como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba, siendo de significar que los Inspectores Médicos han de ser independientes del caso y de las partes y actuar con criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad.

Pues bien, al apreciar racionalmente y en su conjunto el material probatorio aportado al proceso, estimamos que el informe pericial emitido por el doctor don tiene considerable fuerza de convicción pues está extensamente motivado y sus razonamientos parten de los datos clínicos recogidos en el expediente administrativo, no resultan contradictorios entre sí ni con la historia clínica y se confirmaron en la correspondiente diligencia judicial de ratificación y aclaración.

Por ello, consideramos que la prueba pericial practicada a instancia de la recurrente nos ha convencido de que en el caso litigioso no se utilizaron inicialmente los medios disponibles que aconsejaban las circunstancias porque, habiéndose apreciado el 14 de febrero de 2002 en consulta de atención primaria, que el paciente, que era bebedor y gran fumador, presentaba disfonía de 7 meses de evolución y una lesión polipoidea laríngea, en la actuación seguida en la consulta de ORL del Hospital le 18 de febrero de 2002 no se indicó la biopsia que según el informe del perito, no contradicho en este extremo por ninguna prueba, estaba indicada en el protocolo y que habría podido prevenir o, en su caso, diagnosticar y tratar la enfermedad de forma precoz. Igualmente, consideramos que, cuando, a primeros de abril de 2003, se diagnosticó el carcinoma, su tratamiento quirúrgico no se abordó con la urgencia requerida, pues trascurrieron casi dos meses hasta que se intervino al paciente de hemilaringuectomía vertical frontolateral izquierda.

Como en el citado informe se indica, la circunstancia de que el paciente hubiera permanecido asintomático durante varios años, no implica que se hubiera curado (en el informe de la Inspección Sanitaria también se reconoce la posibilidad de recidivas tumorales), por lo que, ante los síntomas que se apreciaron en las asistencias de Urgencias de los primeros días de los meses de enero y de junio de 2007, no debió esperarse al mes de julio para efectuar las pruebas que finalmente confirmaron la recidiva y dispensarle en septiembre el tratamiento quirúrgico que necesitaba, y que no impidió su fallecimiento ni que, hasta ese momento, careciera de una mínima calidad de vida.



De otra parte, en este proceso no se ha practicado prueba alguna que acredite o cuestione el erróneo juicio del perito de la parte actora, pues el informe de la Inspección Sanitaria carece de la motivación que necesitaría a tal fin, y no existen otros informes periciales aportado o emitidos a instancia de las partes demandada y codemandada, lo que nos lleva a concluir que en este caso la recurrente ha cumplido con la carga probatoria, que le impone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acreditar que en la atención sanitaria prestada a don Serrano no se utilizaron inicialmente los medios diagnósticos que el protocolo indicaba para las circunstancias del caso, ni se utilizaron después, cuando aparecieron síntomas que le llevaron a Urgencias en varias ocasiones, como tampoco se efectuó, a partir de entonces, seguimiento más frecuente del paciente que, de esa forma, quedó privado de la oportunidad de ser tratado precozmente, de paliar la enfermedad, en su caso, o de tener mayor calidad de vida hasta su muerte, y todo ello con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de habérsele dispensado tempestivamente la asistencia sanitaria, lo que ha provocado un daño indemnizable.

Ahora bien, cuando se ha incurrido en omisiones como las del caso de autos, el daño antijurídico consiste en lo que la jurisprudencia denomina pérdida de oportunidad, que la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, define como *"la privación de expectativas"* porque, según sigue declarando la sentencia citada *"aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio»"*.

Por lo tanto, la determinación del importe de la indemnización no depende de los parámetros fijados en la demanda, en el sentido de que no se corresponde con los daños físicos y morales causados al paciente, por la doble razón de que la privación de expectativas, que la jurisprudencia denomina *"pérdida de oportunidad"*, es un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral, y de que quien en el presente caso reclama la indemnización es la hija de don \_\_\_\_\_, mayor de edad, pero menor de 25 años y, en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, el derecho a indemnización originado por los daños y perjuicios causados a terceras personas a consecuencia del fallecimiento del paciente, no surge como *"iure hereditatis"* porque la pérdida de la vida, como un daño sufrido por la víctima, no determina el nacimiento de un derecho indemnizatorio transmisible *"mortis causa"*, sino que es un derecho

originario y propio de las personas perjudicadas por el fallecimiento, bien en cuanto dependen económicamente del fallecido, bien por razón de los lazos afectivos que mantenían con el paciente.

En estas circunstancias, es claro que la recurrente han sufrido un daño moral de carácter afectivo indemnizable, cuyo resarcimiento carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997), sin perjuicio de lo cual la doctrina jurisprudencial (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997) no excluye la utilización de algún baremo objetivo, siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, por lo que, tomando como base la resolución de 17 enero 2008 de la Dirección General Seguros y Fondos de Pensiones y ponderando globalmente las circunstancias concurrentes en el caso, y especialmente que no se ha acreditado que la demandante dependiera económicamente de su padre, fijamos prudencialmente el importe de la indemnización correspondiente a doña \_\_\_\_\_ en la cantidad de 18.000 euros, incluida la actualización de las indemnizaciones a la fecha de la presente resolución, lo que conlleva la estimación parcial del recurso contencioso administrativo.

**SÉPTIMO.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no ha lugar a formular condena al pago de las costas causadas en este proceso.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación

**FALLAMOS:** Que estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña \_\_\_\_\_ contra la resolución dictada en fecha de 2 noviembre de 2010 por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, por delegación del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, a que este proceso se refiere, la cual anulamos, y declarando la responsabilidad patrimonial de la citada Administración, la condenamos al pago de la cantidad de 18.000 euros, más los intereses legales que se devenguen desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago, con desestimación de los demás pedimentos de la demanda, y sin formular condena en costas.

La presente resolución es firme.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretaria, certifico.