

Dictamen nº: **146/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación **06.04.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de abril de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. L.R.M. (en adelante “*la reclamante*” o “*la interesada*”), en relación con la asistencia sanitaria prestada a la misma por la Unidad de Exploración Radiológica del Programa de Detección Precoz del Cáncer de Mama de la Comunidad de Madrid (en adelante DEPRECAM).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el Registro del Servicio Madrileño de Salud (en adelante SERMAS) el día 25 de septiembre de 2014, la reclamante antes citada refiere que el 18 de febrero de 2014 se hizo una mamografía por el programa DEPRECAM y al no saber nada dio por hecho que estaba bien, y en el mes de junio la localizan por llamada telefónica y fue al hospital y entonces se entera que tenía un cáncer muy agresivo de los que crecen muy deprisa, se tuvo que someter a un tratamiento de quimioterapia muy agresivo y deprisa y

teme el fallo de dejar tanto tiempo una cosa así, lo que considera un daño que solicita que se le indemnice con lo que estipule la ley.

Acompaña a su reclamación, copia de la mamografía de 18 de febrero de 2014, la de la ecografía de 5 de mayo de 2014 e informes del Hospital Universitario Infanta Sofía de 19 de mayo, 16 de junio y 19 de septiembre de 2014 (folios 1 a 12 del expediente administrativo).

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

La Comunidad de Madrid organiza la campaña DEPRECAM que es coordinada por la Dirección General de Atención Especializada del SERMAS en la que se utilizan dispositivos ajenos a la Comunidad de Madrid para realizar las pruebas diagnósticas, en el caso, dispositivos móviles pertenecientes a la Asociación Española Contra el Cáncer (en adelante AECC), cuyos resultados se remiten a las Direcciones Asistenciales correspondientes de Atención Primaria y, de precisar evaluaciones complementarias, como es el supuesto examinado, se realizan en centros concertados, en esta ocasión en el Centro de Patología de la Mama S.A., cuyos resultados, si son sospechosos de malignidad se notifican al hospital de referencia –aquí, el Hospital Universitario Infanta Sofía- donde se finaliza el estudio diagnóstico con la cita de la paciente.

La reclamante participó en el programa DEPRECAM y le realizaron una mamografía el día 18 de febrero de 2014, emitiéndose informe el día 3 de marzo de 2014 con resultado de nódulo circunscrito de >1cm. en el cuadrante supero externo de la mama derecha, y recomendación de Ecografía. Diagnóstico: BIRADS B0-P COMPLEMENTARIA. Mama izquierda normal.

En mayo 2014 es avisada por teléfono y citada para realizarse la ecografía mamaria bilateral que se recomendaba en la mamografía

realizada en el mes de febrero, debido a sus hallazgos. La ecografía complementaria se realiza el día 5 de mayo de 2014, y el informe es emitido el día 6 de mayo de 2014 con resultado de nódulo mal definido y heterogéneo localizado en el cuadrante supero externo de la mama derecha. Resultado Final: B4-PROBABLEMENTE MALIGNO. Mama izquierda normal.

La paciente es remitida desde DEPRECAM por hallazgos mamográficos al Hospital Universitario Infanta Sofía donde recibe atención el 19 de mayo de 2014, en que se anotan los hallazgos:

-Mamografía (18/02/2014) –Mama derecha: Nódulo circunscrito >1 cm. localizado en CSE. BIRADS0. –Mama izquierda normal.

-Ecografía (05/05/2014): Nódulo sólido polilobulado 2.3 cm diámetro aproximado en CSE, 11 horarias. No muy homogéneo. BIRADS4B.

Tras la exploración se solicitan proyecciones mamográficas complementarias, citándola el 2 de junio para intentar hacer todas las pruebas complementarias el mismo día (BIRDS4B, nódulo palpable).

El 3 de junio de 2014 se le realiza en el Hospital Universitario Infanta Sofía, la ecografía mamaria y axilar derecha, que confirma la presencia de nódulo CSE de la mama derecha, catalogado como BIRADS 4A, de aproximadamente 22,2 x 20,6 mm, del que se realiza biopsia con aguja gruesa. Asimismo se explora la axila derecha identificando cambios con cortical mínimamente engrosada del que también se realiza biopsia con aguja gruesa. El diagnóstico anatomopatológico de la mama es de carcinoma ductal infiltrante G3 sin microcalcificaciones, ni infiltración linfovascular ni perineural de tipo carcinoma medular. El BAG del ganglio axilar derecho es: sin

evidencia de malignidad, pero pendiente de estudio con CK19 para descartar infiltración de células sueltas.

Se le explican los resultados a la paciente y se le comenta que sería candidata a quimioterapia neoadyuvante, no obstante se solicita resonancia magnética mamaria preferente para finalizar el estudio, así como preoperatorio y valoración preanestésica de la misma, a la que se cita en consulta para los resultados y confirmación del tratamiento. Además, se le entrega consentimiento informado de biopsia selectiva del ganglio centinela axilar (x2) y se la incluye en lista de espera quirúrgica en prioridad.

Tras realizarse la biopsia del ganglio centinela axilar, se obtienen tres ganglios de los cuales uno contiene micrometástasis. Se efectúa además una tomografía computarizada como estudio de extensión que es negativo para metástasis.

La paciente es remitida a Consultas de Oncología Médica, donde el 11 de julio de 2014 inicia tratamiento con quimioterapia neoadyuvante.

Posteriormente, recibe asistencias médicas para el seguimiento con realización de las correspondientes pruebas de control clínico.

TERCERO.- Presentada la reclamación se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP), que se notifica a la reclamante requiriéndola para que aporte las pruebas radiológicas que pudieran obrar en su poder, a la correduría de la aseguradora del

SERMAS y al Centro de Patología de la Mama que realizó las pruebas del programa DEPRECAM (folios 13 a 19).

El 16 de octubre de 2014, la interesada presenta escrito en una Oficina de Correos con el que adjunta copia de la documentación interesada, en soporte DVD (folios 60 a 63).

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se han incorporado al expediente, además de la historia clínica del Hospital Universitario Infanta Sofía y las pruebas diagnósticas realizadas en el programa DEPRECAM, los informes preceptivos de los servicios médicos afectados, y en concreto, los informes de la Unidad de Coordinación DEPRECAM, de la Dirección General de Atención Especializada, de 21 de noviembre de 2014 (folios 64 a 66), e informe del director Científico del Centro de Patología de la Mama, de 30 de diciembre de 2014 (folio 67 a 75).

El primer informe refiere el iter seguido en las pruebas realizadas dentro del programa DEPRECAM y expresa: *“En síntesis, cuando tras la realización de la mamografía de cribado en unidad móvil se informa un resultado BI-RADS 0, y tras el estudio complementaria se determina la existencia de hallazgos sospechosos de malignidad, en condiciones óptimas puede transcurrir un tiempo de hasta 55 días hasta la primera cita hospitalaria. En el caso de la reclamante Dña... se ha comprobado que este tiempo fue de 78 días, es decir 23 días más tarde de los tiempos esperados”*. Asimismo, constata que la demora se produjo por el retraso de 10 días en la entrega de los resultados de la primera prueba a la Dirección Asistencial Norte de Atención Primaria, el retraso en la citación para el estudio complementario por saturación asistencial y cambio de centro, y por la dificultad para localizar telefónicamente a la reclamante.

Por su parte, el segundo informe, confirma las dos asistencias prestadas a la reclamante, la primera por el centro MAMOBUS y la segunda por su centro a la que citaron lo más rápido posible, en cinco días sin contar festivos y fin de semana, y enviaron los resultados en dos días, sin que hayan vuelto a ver a la paciente.

Sin embargo, no consta que en ese momento se haya solicitado el informe previsto en el artículo 10 del RPRP a la AECC, que es la persona jurídica, a la que la Unidad de Coordinación DEPRECAM de la Dirección General de Atención Especializada, le atribuye un retraso de 10 días en la entrega de los resultados de la primera prueba a la Dirección Asistencial Norte de Atención Primaria.

Se ha incorporado al expediente el informe, de fecha 23 de febrero de 2015, de la Inspección Médico Sanitaria (folios 77 a 81), que tras examinar la reclamación, la documentación obrante en el expediente que incluye la historia clínica, las pruebas realizadas en el programa DEPRECAM, los informes de los Servicios afectados y los hechos acontecidos, considera que la actuación del Hospital Infanta Sofía no merece reproche, y por el contrario, *“es claro que la demora de setenta y cinco días desde el diagnóstico de sospecha por mamografía hasta la realización de la primera ecografía excede en cuarenta y cinco días el plazo estimado como asumible por la propia coordinación del Deprecam que con independencia del resultado de los análisis causales de la demora, la misma constituye un hecho objetivo, achacable a la organización y por tanto la propia Consejería y no deseado”*. Por ello, concluye que: *“Del análisis del proceso asistencial realizado a la paciente Doña..., con inicio el día 18/02/2014 cuando se le realizó una mamografía dentro del programa DEPRECAM, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, es procedente asumir que existió una demora en la secuenciación de técnicas diagnósticas, que la paciente no tenía el deber de asumir y cuya trascendencia pronostica debe ser adecuadamente ponderada”*.

Consta incorporado al expediente un informe pericial emitido por una Licenciada en Medicina y Cirugía, Especialista en Oncología Médica, del Gabinete Pericial PROMEDE (Profesionales de la Medicina y el Derecho), en fecha 21 de junio de 2015 (folios 88 a 96), en el que examina toda la documentación incorporada al expediente y un informe pericial a que se refiere que no consta en el mismo, y realiza unas consideraciones generales sobre el cáncer de mama, y particulares en relación al presentado por la paciente, que le llevan a afirmar que al ser el tumor triple negativo, se espera que tenga una muy buena respuesta al tratamiento quimioterápico neoadyuvante, y por eso este es el primer tratamiento a realizar para después someterla a cirugía conservadora de la mama y posterior radioterapia sobre el lecho quirúrgico.

Asimismo, recoge las consideraciones particulares en relación al caso y concluye:

- 1.- que el cáncer padecido por la paciente es curable.
- 2.- que desde la mamografía hasta la ecografía pasan 23 días más de los recomendados, lo que es un retraso indeseable.
- 3.- que ese retraso se debe a la sobrecarga asistencial y la reforma del programa DEPRECAM.
- 4.- que la atención a la paciente desde la ecografía mamaria está dentro de los plazos adecuados.
- 5.- que *“el retraso acumulado de 23 días desde la mamografía de screening hasta la ecografía, no influye en la mayor o menor agresividad de la quimioterapia empleada en el caso de la paciente”*.
- 6.- que *“podría contemplarse la idea de si en 23 días el tumor pudo haber pasado de la mama a los ganglios centinelas axilares, que*

en el momento del diagnóstico en junio de 2014 estaban afectados por micrometástasis. Este hecho no lo podemos saber, aunque los tumores presentan tiempos de evolución de meses, y 23 días posiblemente no influyan en ello. Aun suponiendo que en 23 días las células hubieran migrado del tumor al ganglio centinela, esto tampoco habría influido en el tipo de fármacos utilizados en la quimioterapia, ya que, como he mencionado antes, esto depende del tipo anatomopatológico del tumor, no tanto de su estadio concreto”.

Añade que, “en suma, el retraso diagnóstico del caso, si bien es evidente e indeseable, no influyó en la mayor o menor agresividad del tratamiento de quimioterapia empleado”.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia, notificado a la reclamante y al Centro de Patología de la Mama los días 5 y 11 de diciembre de 2015, respectivamente (folios 97 a 102).

No consta que en ese momento se haya dado trámite de audiencia a la AECC, que es la persona jurídica a la que se atribuye un retraso de 10 días en la entrega de los resultados de la primera prueba a la Dirección Asistencial Norte de Atención Primaria.

No consta en el expediente que en ese momento la reclamante haya formulado escrito de alegaciones con base en ese trámite. Por el contrario, sí lo ha hecho el Centro de Patología de la Mama, que se ratifica en su escrito de 30 de diciembre de 2014 (folios 103 y 104).

Con fecha 7 de junio de 2016, el viceconsejero de Sanidad formula propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que *“no cabe imputar daño efectivo alguno a la actuación de los Servicios Sanitarios...”* (folios 105 a 107).

Por escrito del consejero de Sanidad, de 10 de junio de 2016 con registro de entrada en esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 17 de junio de 2016, se nos formuló preceptiva consulta (folio 211).

Por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid se emitió el Dictamen 340/16, de 21 de julio, en el que concluyó la procedencia de retrotraer el procedimiento para solicitar a la AECC la emisión de informe, y una vez unido, se solicite ampliación de su informe a la Inspección Sanitaria, y posteriormente se confiera trámite de audiencia a todos los interesados, tras lo cual, a la vista de las alegaciones que en su caso puedan formular aquellos, elaborar una nueva propuesta de resolución y remitir el expediente completo para la emisión de dictamen por parte de este órgano consultivo (folios 213 a 226).

Con fecha 10 de agosto de 2016, se requiere a la AECC que remita al SERMAS, copia de la documentación relacionada con los hechos y un informe respecto al retraso de 10 días en la entrega de su prueba, para disponer de elementos de juicio. Con escrito de 6 de septiembre de 2016, la AECC contesta que el retraso de 10 días se provoca como consecuencia de una elevada citación en ese momento que genera un retraso consecutivo en todos los diagnósticos (folios 83 a 87).

Se ha incorporado al expediente el informe, de fecha 22 de septiembre de 2016, de la Inspección Médico Sanitaria (folios 227 y 228), emitido como ampliación al anterior de 23 de febrero de 2015, en el que considera: que en su anterior informe estimaba la existencia de una demora excesiva en la secuenciación de las actuaciones diagnósticas; que en su informe y en el del perito se describe que el diagnóstico de la enfermedad oncológica se realizó en un estadiaje precoz, claramente tributario de estrategia terapéutica con finalidad

curativa y con muy altas probabilidades de éxito; y que *“la decisión de suministrar quimioterapia neoadyuvante prequirúrgica, forma parte de un avance clínico consolidado en el que claramente el efecto protector frente a las recidivas supera ampliamente a las molestias o efectos secundarios de la misma y no puede asumirse razonablemente que esa actuación constituya un daño para la paciente”*.

Por ello concluye:

“Del análisis de las actuaciones realizadas en el procedimiento de diagnóstico... se considera que el tiempo transcurrido... ha excedido en algo más de veinte días los estándares normales para ese procedimiento en nuestro medio, hecho atribuible a múltiples factores como recursos -demanda-coordinación -priorización de actuaciones.

No es posible determinar, con rigor técnico, el peso que esa demora pudo tener en el incremento de tamaño del tumor o la microinfiltración de una adenopatía.

A pesar de esa demora, el diagnóstico se realizó en un estadio que permitió el abordaje terapéutico con finalidad curativa considerando prudente y razonable estimar que existen muy altas probabilidades de alcanzar ese objetivo”.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia, notificado a la reclamante, al Centro de Patología de la Mama y a la AECC, los días 31, 28 y 31 de octubre de 2016, respectivamente (folios 229 a 237).

No consta en el expediente que la reclamante haya formulado escrito de alegaciones con base en ese trámite. Por el contrario, sí lo ha hecho el Centro de Patología de la Mama, que se ratifica en su escrito de 30 de diciembre de 2014 (folios 238 y 239).

Con fecha 6 de febrero de 2017, el viceconsejero de Sanidad formula propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que *“no cabe imputar daño efectivo y antijurídico alguno a la actuación de los Servicios Sanitarios...”* (folios 240 a 243).

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad, de 23 de febrero de 2017 con registro de entrada en esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 1 de marzo de 2017, se nos formuló preceptiva consulta.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 83/17, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 6 de abril de 2017.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y

Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, (*“será recabado (...) por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros”*).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a solicitud de interesada según consta en los antecedentes, se encuentra regulada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), al igual que lo hacían los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), desarrollados en el RPRP.

La disposición transitoria tercera de la LPAC dispone que *“A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”*, por ello, al haberse iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial con anterioridad a la entrada en vigor de la LPAC según su disposición final séptima, la tramitación se regirá por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el RPRP.

La reclamante está legitimada activamente, conforme al artículo 139 de la LRJ-PAC, en tanto que sufre el daño ocasionado por la asistencia sanitaria dispensada.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid como titular del servicio coordinador del programa DEPRECAM a cuyo funcionamiento se vincula el daño. En este punto cabe indicar que es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación

jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder, tal como ha manifestado reiteradamente esta Comisión Jurídica Asesora siguiendo la doctrina jurisprudencial.

El plazo para el ejercicio de la acción indemnizatoria, es de un año, a contar desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). Refiere la reclamante que tras haberse hecho una mamografía el 18 de febrero de 2014, dio por hecho que no tenía nada y que en el mes de junio la llamaron del hospital donde le dijeron que tenía cáncer, y su reclamación la formula el día 25 de septiembre de 2014, por lo que se ha presentado en plazo legal.

En otro orden de cosas, no se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se ha recabado el informe, de acuerdo con el artículo 10 RPRP, de los servicios afectados, y el instructor del procedimiento ha solicitado informe a la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se ha dado audiencia a la reclamante y demás interesados, de conformidad con los artículos 11 del RPRP, y 84 de la LRJ-PAC.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, al igual que hoy se hace en la LPAC y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP).

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 de la LRJ-PAC:

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 sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que esta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de

casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace solo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que solo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) y 29 de junio de 2011 (recurso nº 2950/2007) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica*

en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”.

La misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencias de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000) y 4 de abril de 2011 (recurso de casación nº 5656/2006), afirma que *“lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis”.*

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) que *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis 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 lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.*

QUINTA.- En el caso que nos ocupa está acreditado mediante los informes médicos obrantes en el expediente, que la reclamante padece un cáncer de mama que obligó a su tratamiento mediante quimioterapia neoadyuvante prequirúrgica.

Asimismo, queda acreditado que desde que se realizó una mamografía a la paciente en que se le detectó un nódulo en la mama derecha, hasta que le fue realizada una ecografía, se produjo una demora en los estándares normales para ese procedimiento, hecho atribuible a múltiples factores como recursos, demanda-coordinación-priorización de actuaciones, que el primer informe de la Inspección sanitaria refleja exceder en 45 días del plazo asumible y en torno a los 20 días en su segundo informe, que, por su parte, particulariza en 23 días el informe de PROMEDE.

La reclamante considera, por una parte que si no se hubiera dejado transcurrir ese tiempo, el tratamiento de quimioterapia que recibió hubiera sido más pequeño y, por otra, que el dejar tanto tiempo sin tratamiento puede incidir en el cáncer que padece *“superagresivo de los que crecen muy deprisa”* (sic.).

En el primer aspecto, el informe de Inspección es concluyente cuando refleja que la decisión de suministrar quimioterapia neoadyuvante prequirúrgica, forma parte de un avance clínico consolidado en el que claramente el efecto protector frente a las recidivas supera ampliamente las molestias o efectos secundarios de la misma, sin que pueda considerarlo un daño para la paciente.

Abunda a esta consideración, el informe pericial de PROMEDE, para el que ese retraso, que señala es de 23 días, *“no influye en la mayor o menor agresividad de la quimioterapia empleada en el caso de la paciente”* y que aunque no se pueda saber si en esos días el tumor pudiera haber pasado de la mama a los ganglios centinelas axilares,

“esto tampoco habría influido en el tipo de fármacos utilizados en la quimioterapia, ya que, como he mencionado antes, esto depende del tipo anatomopatológico del tumor, no tanto de su estadio concreto”.

Son claros los precitados informes al señalar que la quimioterapia neoadyuvante prequirúrgica tiene un claro efecto protector, y que no influyó en la mayor o menor agresividad de la quimioterapia empleada, por lo que no queda acreditado lo aducido por la interesada.

Otra consideración merece a esta Comisión Jurídica Asesora, el retraso en el diagnóstico y tratamiento del cáncer, ya que la demora en la asistencia sanitaria resulta acreditada y admitida por la propia Administración, con independencia de su concreta duración, lo que ha supuesto una pérdida de oportunidad para la paciente, pues no resulta difícil entender que en una enfermedad como el cáncer de mama, en la que el diagnóstico precoz y el tratamiento en el menor tiempo posible es fundamental para la curación o aumento de las expectativas de curación de la paciente, la demora temporal en los estándares normales para ese procedimiento ha podido incidir en el aumento de tamaño del tumor o su paso a los ganglios centinelas. Ese extremo no es totalmente negado por los informes médicos.

El informe de Inspección es concluyente cuando refleja que *“no es posible determinar, con rigor técnico, el peso que esa demora pudo tener en el incremento del tamaño del tumor o la microinfiltración de una adenopatía”.*

Por su parte, el informe pericial de PROMEDE dice que *“podría contemplarse la idea de si en 23 días el tumor pudo haber pasado de la mama a los ganglios centinelas axilares, que en el momento del diagnóstico en junio de 2014 estaban afectos por micrometástasis. Este hecho no lo podemos saber, aunque los tumores presentan tiempos de evolución de meses, y 23 días posiblemente no influyan en ello”.*

Como recuerda la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012, con cita de otras anteriores de 25 de junio de 2010 o de 23 septiembre de 2010:

«Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad”... se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, 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».

En cuanto a los presupuestos para la aplicación de esta doctrina, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en las sentencias de 13 de julio de 2005 y 12 de julio de 2007, expresa que *“para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios”.*

En este caso, la demora impidió proporcionar a la paciente un diagnóstico y tratamiento en menos tiempo de lo que se hizo, con una probable mejor evolución, por lo que se le ha perjudicado en cuanto a sus expectativas de curación, por más que se desconozca cuáles

hubieran sido estas en el caso de haberse emitido el diagnóstico y recibido el tratamiento cuando correspondía. Por ello, existió una infracción de la *lex artis* que no debió soportar la paciente, máxime cuando se produjo en el seno de un programa de detección precoz del cáncer de mama, con independencia de que no se haya podido acreditar que ante un diagnóstico y consecuente tratamiento en menor tiempo, conforme a protocolos, el resultado hubiera sido sustancialmente diferente, o no, en términos cuantitativos.

SEXTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RPRP, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

La reclamante solicita una indemnización en cuantía indeterminada.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recuerda que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida, en este caso en tiempo, pudiera haber evitado o minorado el daño. Hay que valorar dos elementos de difícil concreción como son el grado de probabilidad de que se hubiera producido el efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de este mismo (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3º, de 19 de octubre de 2011 (recurso de

casación nº 5893/2006) y de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación nº 2755/2010), y sentencia, Sala 4ª, de 3 de diciembre de 2012 dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 815/2012).

Es importante señalar, que normalmente la pérdida de oportunidad resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo, por lo que hay que acudir a las circunstancias concretas del caso y su valoración.

En este caso, tras ponderar las circunstancias del asunto examinado, teniendo en cuenta que de haberse seguido los protocolos correctamente, se le habría diagnosticado el cáncer y aplicado el tratamiento de quimioterapia preoperatorio antes, con lo que es probable que la enfermedad presentara un estadio menos avanzado y un posible aumento de las expectativas de curación de la paciente, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado reconocer una cantidad global de 8.000 euros.

Consideramos más acertado reconocer una cantidad global y no aplicar el baremo establecido para los accidentes de tráfico, pues entendemos que los conceptos que se recogen en el baremo no encuentran encaje para indemnizar el caso que nos ocupa. En este punto cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 306/2013) en la que en un caso parecido de pérdida de oportunidad rechaza la aplicación del baremo respecto al que destaca *“que según la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera...no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización*

que estime aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las circunstancias concurrentes". La Sentencia opta por la valoración global del daño, acogiendo doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de julio de 2014, Sec. 4ª, recurso 3724/2012) en la que se dice que «la Jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una "apreciación racional aunque no matemática" pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se "carece de parámetros o módulos objetivos", debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, "las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas" en una suma dineraria».

También el Consejo Consultivo optó por el reconocimiento de una indemnización por una cantidad global en los casos de pérdida de oportunidad en sus dictámenes 91/14 y 187/15, entre otros, y esta Comisión Jurídica Asesora lo ha hecho en sus dictámenes 400/16, de 15 de septiembre, 508/16, de 10 de noviembre y 133/17 de 30 de marzo, entre otros.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciarse una pérdida de oportunidad en la asistencia sanitaria

prestada a la reclamante, y reconocer una indemnización de 8.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 6 de abril de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 146/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid