

Dictamen nº: **398/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **06.09.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de septiembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña., por los daños y perjuicios causados que atribuye al retraso de diagnóstico de un cáncer de mama.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de mayo de 2016 se presentó en el Registro de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, solicitud firmada por la reclamante y por un abogado colegiado del ICAM en la que referían que, en la fecha del 18 de julio de 2014, aquella había sido objeto de una revisión preventiva en una Unidad de Radiodiagnóstico adscrita al Programa Regional de Detección Precoz del Cáncer de Mama (DEPRECAM). En dicho acto, se alcanzaron como resultado de la exploración mamográfica realizada: *“Mama izquierda: Anormal, otros hallazgos. BIRADS B3-probablemente benigno. Diagnóstico: B3-probablemente benigno”* y, en comunicación de fecha 28 de julio siguiente, se informaba a la interesada de que debería

someterse a una nueva exploración a partir de los seis meses siguientes y en cualquier caso antes de un año.

Fue así como, tras recibir la correspondiente citación, el 13 de febrero de 2015, cuando ya habían pasado siete meses de la primera prueba, sería objeto de una nueva exploración en la que se observó una imagen en la región retroaxilar en la mama izquierda y, aconsejando completar el estudio mediante una mamografía, en esta última prueba, realizada el 26 de febrero, se apreciaron sendos nódulos bien definidos de 7 y 5 mm en la zona referida, siendo calificados como BIRADS B4-probablemente maligno.

A raíz del hallazgo anteriormente descrito, la interesada sería remitida al Hospital Universitario de Getafe (HUG), en el cual, bajo el diagnóstico de cáncer de mama, se le realizaría una mastectomía izquierda con posterior reconstrucción en la fecha del 29 de mayo de 2015; en dicha intervención se objetivaría la existencia de diversos ganglios linfáticos con metástasis de carcinoma en la zona axilar izquierda. Tras ser dada de alta hospitalaria el 3 de junio de 2015, había seguido posterior terapia que, entre otros aspectos, le había producido complicaciones consistentes en celulitis en el segundo y tercer dedo de la mano derecha, neutropenia G3 e hipotiroidismo, que le habían obligado a acudir a Urgencias en julio y octubre de 2015.

La reclamación reputaba que la interesada había sido víctima de un error de diagnóstico con respecto a las pruebas realizadas el 18 de julio de 2014, al haber considerado los facultativos que eran reveladoras de un tumor probablemente benigno cuando, en realidad, era maligno. Asimismo, estimaba poco cauteloso no haberle realizado pruebas complementarias de inmediato ante un hallazgo anormal, tomando en consideración que tenía antecedentes de cáncer de mama en su hermana y una tía paterna. La trascendencia del retraso en el correcto diagnóstico quedaba reflejada a su juicio en el tamaño de uno

de los dos nódulos situados en la mama en el momento de la intervención quirúrgica (15 mm) y en su extensión materializada en numerosos ganglios linfáticos con metástasis de carcinoma.

Deducía de todo ello el deber de la Administración sanitaria de indemnizarle, acompañaba documentación correspondiente al historial clínico y manifestaba su interés en la práctica de una prueba pericial.

SEGUNDO.- Del examen de la historia clínica y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos que se consideran de interés para la emisión del dictamen:

La reclamante, que según observa la Inspección Sanitaria había estado sometida a seguimiento en la Unidad de Mama del HUG entre 1993 y 2009 a raíz de un nódulo mamario izquierda con resultado de necrosis grasa, siendo objeto en dicho periodo de 24 consultas, 14 mamografías, 2 ecografías y una punción aspirativa con aguja fina (PAAF), y ya a partir de abril de 2009 era objeto de control en Atención Primaria a través de una mamografía anual, fue dada de alta en el programa DEPRECAM, anotándose los antecedentes familiares de cáncer de mama en su hermana y en una tía paterna.

Tras una primera revisión con hallazgos benignos correspondiente a dicho programa en junio de 2011, sería objeto de una segunda mamografía en una Unidad de Exploración Radiológica de la Asociación Española contra el Cáncer (AECC) en la fecha del 18 de julio de 2014, cuando la actual reclamante contaba con 65 años y cinco meses de edad. Los resultados de la prueba no mostraban hallazgos en la mama derecha, pero, en cuanto a la izquierda, el informe emitido por la referida Unidad (y dirigido a su MAP) reflejaba

los siguientes datos: *“Mama izquierda: Anormal, otros hallazgos. BIRADS B3-PROBABLEMENTE BENIGNO”*.

Asimismo, la referida Unidad de Exploración Radiológica remitió una carta a la interesada fechada el 27 de julio de 2014, en la que se le informaba

“... que el resultado del estudio es: Precisa un nuevo control a corto plazo, lo cual no significa que exista patología sino que hay que hacer una nueva exploración dejando transcurrir necesariamente un periodo que puede variar entre 6 meses y un año, para poder comparar ambas imágenes radiológicas. Es por ello, que pasado un tiempo, nuevamente nos pondremos en contacto con Usted para citarle a nuevas pruebas”.

En una segunda comunicación a la actual reclamante fechada el 28 de enero de 2015, se le citaba con recordatorio de los resultados de la mamografía realizada en julio de 2014 a efectos de realizar una nueva prueba del mismo tenor en la fecha del 13 de febrero de 2015 en el Centro de Patología de la Mama de la Fundación Tejerina.

El informe de la mamografía, esta vez exclusivamente de la mama izquierda, hacia constar como observaciones *“DFA Imagen en Reg. retro-areolar M. izda, necesario completar con tomosíntesis y ecografía. Se recomienda: Ecografía”*.

La ecografía aconsejada se llevó a cabo en la misma Fundación en la fecha del 26 de febrero de 2015, recogiendo el informe correspondiente del radiólogo como resultado final el de seguimiento, con las siguientes observaciones en cuanto a la mama izquierda:

“Mama izquierda: Anormal otros hallazgos. En la exploración mamaria se identifican las siguientes lesiones: Nódulo/s bien

definido y homogéneo localizado en retroareolar. RESULTADO B4-PROBABLEMENTE MALIGNO. RESULTADO DE LA EXPLORACIÓN: B4-PROBABLEMENTE MALIGNO. Pruebas de imagen asociadas: No se precisa otra exploración. OBSERVACIONES: Dos imágenes heteroecogénicas de bordes irregulares y sombra posterior en CSI areolar MIZDA de 7 y 5mm. diámetro, visibles RX. BIRADS 4”.

Tras el diagnóstico, con fecha 27 de febrero se emitieron informes para el MAP con los resultados y se remitió a la paciente a su hospital de referencia (el HUG) para la realización de una biopsia y el tratamiento de la dolencia que presentaba.

Los dos nódulos identificados en la mamografía y en la ecografía (nódulo 1 paraareolar en línea intercuadrántica superior de 15mm y nódulo 2 en línea intercuadrántica exterior de 4mm), tras la biopsia con aguja gruesa guiada por ecografía (BAG) realizada el 13 de marzo de 2015, fueron informados por Anatomía Patológica en las fechas del 18 y del 20 de marzo de 2015, respectivamente, como carcinoma ductal infiltrante moderadamente diferenciado y focos de carcinoma intraductal de grado intermedio. En las inmunohistoquímicas, se informó como BIRADS 6 con malignidad confirmada en mama izquierda con multicentricidad. Del mismo modo, la RNM realizada el 30 de marzo confirmaría la malignidad de ambos nódulos.

Tras proponerse una mastectomía izquierda y reconstrucción mamaria en la consulta del Servicio de Cirugía General y Digestivo de 8 de abril de 2015 y consultar a Cirugía Plástica sobre la técnica a utilizar, se llevó a cabo el preoperatorio, incluyendo los consentimientos informados, teniendo lugar el acto quirúrgico de forma programada el 29 de mayo de 2015, cuando la paciente ya contaba con 66 años de edad, con la calificación de BIRADS 6 y de malignidad confirmada en mama izquierda con multicentricidad.

La mastectomía izquierda se realizó, sin complicaciones, sobre el patrón cutáneo indicado por el Servicio de Cirugía Plástica, practicándose biopsia selectiva de ganglio centinela informada de metástasis de adenocarcinoma procediendo a una linfadenectomía axilar izquierda y, para finalizar, se llevó a cabo una reconstrucción mamaria con colocación de expansor por el Servicio de Cirugía Plástica.

Desde el punto de vista patológico, los hallazgos de la intervención fueron los siguientes:

“Ganglio centinela axilar izquierdo nº 1: un ganglio linfático con metástasis de carcinoma de 9 milímetros de dimensión máxima. Ganglio centinela axilar izquierdo nº 2: dos ganglios linfáticos con metástasis de carcinoma de 4 milímetros de dimensión máxima histológica. Ganglio {linfadenectomía axilar izquierda): doce ganglios linfáticos con metástasis de carcinoma ductal infiltrante con extensión extracapsular en cuatro (4) de los 12 ganglios aislados. Tnm: pN3a. Mama izquierda (mastectomía): carcinoma ductal infiltrante moderadamente diferenciado de 2,8 cm. de dimensión máxima histológica. Puntuación de Nottingham 7/9. Tnm: pT2, N3a. Focos de carcinoma intraductal de grado intermedio hacia línea intercuadrántica externa. Márgenes quirúrgicos libres de infiltración neoplásica”.

Tras una evolución favorable, la paciente sería dada de alta hospitalaria el 3 de junio de 2015 con la indicación de pedir revisión en la Unidad de la Mama, y acudir a consultas de Oncología y de Cirugía Plástica.

Tras ser valorada en el Servicio de Oncología Médica del HUG, donde el estudio de extensión realizado mediante PET-TAC resultó sin hallazgos, fue sometida a tratamiento de quimioterapia en Oncología

Radioterápica del Hospital Universitario 12 de Octubre entre el 15 de julio de 2015, en que recibe el primer ciclo, y el 12 de enero de 2016, en que recibe el último de los ciclos. Entre medias, precisó de ingreso hospitalario por neutropenia febril entre el 28 de julio y el 4 de agosto de 2015, manifestándose como efectos adicionales del tratamiento sistémico dolor en ambos miembros inferiores, caída de uñas de los pies y astenia moderada, y fue intervenida el 21 de diciembre de ese mismo año por Cirugía Plástica del HUG con vistas al recambio del expansor mamario.

Tras la quimioterapia, recibió 25 sesiones de radioterapia de complejidad nivel IV entre el 18 de febrero y el 29 de marzo de 2016, fecha esta última en la que, al ser dada de alta en dicho tratamiento, persistía (aunque mejorada) astenia relacionada con la quimioterapia, dolor en las uñas de los dedos de los pies y un estado de melancolía con cambios de estado de ánimo y leve irritabilidad. Como recomendaciones, obtuvo las de evitar la exposición al sol de la zona afectada sin utilizar cremas protectoras de índice elevado y coger peso con el brazo izquierdo o llevar prendas u objetos ajustados al mismo, quedando citada para revisión en Oncología Médica.

Asimismo, consta que la paciente tuvo que acudir a Urgencias del HUG con fecha 28 de julio de 2015, siendo de alta a primera hora de la tarde de ese mismo día con el juicio clínico de neutropenia en paciente oncológico, celulitis en segundo y tercer dedo de la mano derecha, cuadro febril de 24 horas de evolución en paciente oncológico en posible relación con las lesiones cutáneas y diarrea post quimioterapia.

En nueva visita a Urgencias de 28 de octubre siguiente remitida por Oncología por un cuadro de tos con expectoración verdosa y fiebre

de 38° de evolución acompañado de malestar general y poliartromialgias, recibió el diagnóstico de infección respiratoria.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Constituyen aspectos a destacar de su tramitación, los siguientes:

Por oficio de 24 de mayo de 2016, de la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas del SERMAS, se puso en conocimiento de la reclamante el plazo para la resolución del procedimiento y el sentido de un posible silencio administrativo.

A continuación, se incorporó al expediente administrativo la historia clínica relativa a las asistencias prestadas a la paciente reclamante en el HUG.

Ya con fecha 21 de junio de 2016, se emitió informe por la técnico de apoyo médico asignada al programa DEPRECAM, al que se adjuntaba la documentación correspondiente a la atención facilitada a la reclamante en el mismo. En el informe de referencia, se fijaban las siguientes conclusiones:

“1. No se puede descartar la existencia de un error de interpretación en la lectura de los hallazgos radiológicos visibles en la mamografía del 18 de julio de 2014, a nivel de la región retro-areolar de la mama izquierda.

2. Es altamente probable que en condiciones similares/aproximadas de participante y secuencia de lectura, diferentes especialistas en radiodiagnóstico con experiencia en

cribado, hubieran asignado una categoría diagnóstica diferente al estudio mamográfico preventivo de julio de 2014.

3. Con independencia de los antecedentes de la reclamante, es muy probable que un resultado asignado distinto, hubiera conllevado en las siguientes semanas de 2014 un proceso asistencial diferente, tendente a la realización de nuevas pruebas complementarias por la presencia de hallazgos sospechosos de malignidad en la mama izquierda.

4. Cabe esperar que dicho proceso habría permitido diagnosticar más precozmente la patología maligna identificada en la mama izquierda en abril de 2015”.

Por parte de los responsables de la gestión del programa, se dio traslado de la reclamación a la Asociación Española Contra el Cáncer (AECC) al amparo de la cláusula 24 del Convenio PNMC Móviles 2011, bajo cuyo auspicio se había llevado la revisión preventiva de la paciente. En escrito presentado el 5 de julio de 2016, el radiólogo coordinador de dicha Asociación resumió la atención prestada a la reclamante, reflejando en la parte final que

«... [r]evisadas hoy de nuevo las imágenes del 18/7/14, confirmamos la imagen de mama izquierda como una densidad asimétrica que puede derivar en una nueva revisión 6 meses. A los 6 meses los especialistas que revisaron las imágenes obtenidas de una nueva mamografía la catalogaron como "asimetría sin especificar", con probable variación de la imagen desde el 18/7/2014 al 13/2/15. Recomendaron la realización de ecografía y tomosíntesis, diagnosticando un BR4 con posterior derivación hospitalaria.

Una vez analizado todo el proceso se puede considerar que en todo momento se ha seguido correctamente las pautas marcadas en la Campaña de Cribado».

Tras ello, se emitió informe de 2 de noviembre de 2016 por la Inspección Sanitaria. La inspectora actuante, tras examinar las actuaciones practicadas y establecer una serie de consideraciones médicas sobre el cáncer de mama y las técnicas disponibles para su diagnóstico, llegaba a la conclusión de que se había producido un error en la interpretación de la mamografía realizada el 18 de julio de 2015, lo que, a su vez, había determinado una demora terapéutica:

“Analizado el caso y las actuaciones llevadas a cabo, se hace evidente la producción de un error en la interpretación de la mamografía practicada a la [reclamante] el 18/07/14 dentro del programa DEPRECAM. Lo anterior tiene su fundamento en el resultado de la valoración independiente y a ciegas de las imágenes realizadas por dos especialistas en Radiodiagnóstico entrenados en screening de cáncer de mama. Ambos clasifican las lesiones en ese momento presentes en la categoría BI-RADS 4 en lugar de BI-RADS 3.

La inclusión en la categoría BI-RADS 3 (lesión probablemente benigna) supuso la aplicación de su correspondiente protocolo de actuación consistente en control transcurridos entre 6 meses y un año. La paciente fue citada para control el 13/02/15 siendo entonces diagnosticado el Cáncer de Mama con inicio del proceso de estudio para su tratamiento. Los 6 meses y 25 días transcurridos han de entenderse, por tanto, como demora repercutida en el proceso terapéutico de la paciente”.

Tras el referido informe, figura aportado al expediente administrativo un informe de evolución de la paciente, emitido por la

FEA adjunta del Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital Universitario 12 de Octubre.

Asimismo, con posterioridad, se unió al procedimiento un informe emitido a solicitud del SERMAS con fecha 27 de noviembre de 2017 por una licenciada en Medicina y Cirugía especialista en Valoración del Daño Corporal. En el mismo, partiendo de las consideraciones realizadas por la Inspección Sanitaria, se estima en un 18% del valor correspondiente a la lesión sufrida por la paciente según el baremo aplicable a los accidentes de tráfico de 2014, la pérdida de expectativas de curación, resultando de ello un importe de 20.706,34 euros.

Instruido el procedimiento, se ha otorgado el trámite de audiencia a la reclamante y a la AECC.

El representante de la Asociación, por escrito de 26 de enero de 2018, manifestó su disconformidad con el criterio de los radiólogos cuyas apreciaciones sobre las pruebas realizadas a la paciente en julio de 2014 habían servido de sustento al informe de la Inspección Sanitaria, llamando la atención, en particular, sobre el hecho de que las practicadas el 13 de febrero de 2015 habían sido calificadas como BI-RADS 0, lo cual permitía poner en duda en su opinión que los hallazgos patológicos correspondientes a las pruebas realizadas en verano de 2014 fueran tan evidentes como se estaba pretendiendo. Asimismo, y sobre la base de que el informe de valoración del daño corporal aportado al procedimiento señalaba que en los siete meses de posible demora asistencial no se tenía constancia de que hubiera sufrido episodios de baja ni incapacitación, llegaba a la conclusión de que el hipotético retraso no había influido en el tratamiento, que en cualquier caso hubiera consistido en una intervención quirúrgica. Finalmente, aducía que, en su opinión, el derecho a reclamar estaba

prescrito en el momento de ser presentada la reclamación, ya que, en la fecha del 26 de febrero de 2015, la reclamante había sido advertida de padecer dos nódulos en la mama izquierda y de la necesidad de ser intervenida quirúrgicamente.

Por su parte, la reclamante incidió en escrito de 29 de enero de 2018 en las alegaciones vertidas en el escrito inicial de reclamación y, en lo relativo a la cuantificación del daño, lo estimó en 68.000 euros conforme a un informe médico-pericial emitido por un licenciado en Medicina y Cirugía especialista en Valoración del Daño Corporal de fecha 12 de mayo de 2017. En dicho documento, que se adjuntaba, se apreciaban las secuelas de la reclamante conforme al baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en un perjuicio personal básico consistente en 77 puntos de secuelas funcionales (15 por metástasis axilar, 11 por trastorno depresivo moderado y 7 por pérdida funcional del hombro izquierdo) y 26 puntos de perjuicio estético importante con incidencia de una pérdida grave de la calidad de vida; perjuicio personal particular basado en 16 días graves (hospitalarios) y 239 moderados hasta la estabilización de la lesión; perjuicios ajenos al presentar limitaciones para cualquier tipo de actividad deportiva, realización de esfuerzos, paseos prolongados, etcétera, en situación equiparable a la incapacidad permanente total, y daños morales complementarios por perjuicio psicofísico en correspondencia con la entidad (en puntos) de las secuelas.

Finalizado el trámite de audiencia, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución de 13 de julio de 2018 en el sentido de estimar parcialmente la reclamación patrimonial al considerar concurrente un error en la interpretación de la mamografía de 18 de julio de 2014 que a su vez había determinado una demora terapéutica

conforme a lo indicado por la Inspección Sanitaria en su informe, valorando el perjuicio causado en 20.706,34 euros conforme a lo indicado a su vez en el informe de valoración del daño solicitado por el SERMAS.

CUARTO.- El día 31 de julio de 2018 tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Sanidad, en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento. La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A dicho expediente se le asignó el número 389/18, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 6 de septiembre de 2018.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f)

a. de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial superior a 15.000 euros 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, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP). Así se deduce del hecho de haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la pretensión de responsabilidad patrimonial, al ser la persona directamente afectada por la asistencia sanitaria pretendidamente deficiente.

En cuanto a la legitimación pasiva para soportar la reclamación, le corresponde a la Comunidad de Madrid, titular del programa de prevención sanitaria a cuyo funcionamiento se vincula el daño. La intervención a la que se imputa el origen del daño fue realizada en virtud de convenio PNMC Móviles 2011 por un equipo de facultativos especialistas de radiodiagnóstico de la AECC, encargada de realizar las mamografías iniciales de cribado en la ejecución de dicho programa, como también se realizó en virtud de un Acuerdo Marco de 2014 la

mamografía digital de confirmación en el Centro de Patología de la Mama de la Fundación Tejerina.

No obsta a lo anterior el hecho de la prestación sanitaria haya sido realizada a través de una entidad de derecho privado concertada con la Comunidad de Madrid. En este punto, siguiendo la doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (entre otros muchos, dictámenes 454 y 432/16), las consecuencias del funcionamiento de los servicios públicos correspondientes a prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud le resultan imputables a dicha Administración sea cual fuere la relación jurídica que le una al personal y establecimientos que los ejecuten, sin perjuicio de la posibilidad de repetición que le pueda corresponder. Dicha doctrina es seguida también por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (verbigracia, en S. de 6/7/2010, R. 201/2006).

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 10.1 del RPRP, se ha recabado informe de la técnico de apoyo médico asignada al programa DEPRECAM, a cuyo funcionamiento se vincula el daño sufrido. Asimismo, se ha incorporado al expediente administrativo un informe de la Inspección Médica sobre los hechos que motivan la reclamación, así como la historia clínica de la atención sanitaria prestada a la reclamante en los centros sanitarios anteriormente referidos.

Instruido el procedimiento, se ha otorgado el trámite de audiencia previsto en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP a la reclamante, así como la AECC que había manifestado expresamente su interés en tomar parte en el procedimiento, y se ha elaborado la propuesta de resolución.

De esta forma, no se observan en el procedimiento defectos de tramitación que puedan producir indefensión o impidan que el procedimiento alcance el fin que le es propio.

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo. Este plazo se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el caso analizado, aunque el diagnóstico del cáncer de mama que sufría la reclamante se produjo en el mes de febrero de 2015, en ese momento no era conocida la posible repercusión del retraso en el tratamiento sobre el estado de salud de la reclamante. Consta en las actuaciones que, posteriormente, sería sometida a una intervención quirúrgica que tendría lugar el 29 de mayo de 2015, y que, tras ello, sería objeto de sucesivos tratamientos de quimioterapia y de radioterapia, concluyendo este último el 29 de marzo de 2016. De esta forma, el escrito de reclamación presentado en la fecha del 12 de mayo de 2016 puede considerarse presentado en plazo jurídicamente hábil al haber sido formulado dentro del año posterior a la determinación de las secuelas de la actuación sanitaria pretendidamente deficiente.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge 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 la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, que ha de considerarse la norma de referencia en la cuestión objeto de dictamen, actualmente sustituida por las reglas de

la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente 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 de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-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.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y

que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que

“... lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, señala también el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada con profusión (por todas, la STS de 19/5/2015, RC 4397/2010) 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”.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el procedimiento datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, se viene señalando que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales pueda tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido, cabe entender conculcada la *lex artis* puesto que al no proporcionar a los interesados esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal (SSTS de 19/5 y de 27/4/2015, RRCC 4397/2010 y 2114/2013).

CUARTA.- En particular, y según ya se ha adelantado, constituye una exigencia de la doctrina jurisprudencial expuesta en la consideración de derecho precedente, la consistente en que a lo largo del procedimiento quede demostrada la relación de causalidad entre las dolencias o daños cuya indemnización se pretenda y el funcionamiento de la Administración.

Así, es doctrina generalizada que hemos incorporado a nuestros dictámenes, la que, con vistas a la estimación de una posible responsabilidad patrimonial, imputa en condiciones ordinarias la carga de la prueba a quien reclama. Así lo entiende también el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias de 16 de septiembre de 2008 (875/2005), al recordar la carga de quien reclama de *“acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama”*, y de 20 de septiembre de 2016 (R. 60/2014), al matizar que *“el obligado nexa causal entre la actuación médica vulneradora de la lex artis y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización”*.

En particular, para satisfacer tal carga probatoria en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, es necesario un medio de prueba idóneo. En dicho sentido, ha recordado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, S. 10ª, en Sentencia de 21 de abril de 2016 (P.O. 409/2013), que

“(…) Las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos- médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a

decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”.

En el caso que se nos plantea, es cierto que la reclamación se ha limitado a alegar la vulneración de la *lex artis* en la interpretación de las pruebas radiológicas realizadas a la paciente dentro del programa DEPRECAM en la fecha del 18 de julio de 2014; sin embargo, la carencia probatoria de la parte interesada se ve suplida mediante los dos informes aportados al procedimiento a requerimiento del instructor, que viene a reconocer la concurrencia de un error.

Frente al sentido de las conclusiones que se manifiestan tanto en el informe de la técnica de apoyo médico asignada al programa DEPRECAM de 21 de junio de 2016 como, con especial firmeza, por parte de la Inspección Sanitaria en su informe de 2 de noviembre de 2016, la AECC, en su escrito de alegaciones, mantiene la corrección de la asistencia prestada. Sin perjuicio de la falta de asimilación de un simple escrito de alegaciones, aunque esté firmado como es el caso por un facultativo, con un informe, y del especial valor probatorio que desprenden los informes de la Inspección Sanitaria, en el caso sujeto a examen existe otro aspecto relevante a la hora de la valoración de su fuerza de convicción. Nos referimos a la forma de realización del informe de la Inspección Sanitaria, para cuya elaboración se ha tenido en cuenta el criterio de dos facultativos especialistas que han analizado las radiografías realizadas a la paciente *a ciegas*, lo cual permite presuponer la objetividad en la emisión de su criterio.

Debe estimarse, por consiguiente, que se ha producido un error que ha determinado un retraso en el correcto diagnóstico y tratamiento de la dolencia padecida por la reclamante. Ello, conforme a la doctrina que venimos aplicando en casos equiparables, constituye una pérdida de oportunidad, pues no resulta difícil entender que en

una enfermedad como el cáncer de mama, en la que el diagnóstico precoz es fundamental para la curación o aumento de las expectativas de vida de la paciente, un diagnóstico precoz de la enfermedad hubiera permitido “*probablemente*” atajarla en un estadio menos avanzado.

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, no 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 la 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 el caso analizado, si a la reclamante se le hubiera realizado el estudio complementario pautado por la ginecóloga, tal vez su enfermedad hubiera podido ser diagnosticada tempranamente y tener un más rápido tratamiento y mejor pronóstico, habida cuenta lo importante que en este tipo de patologías es el diagnóstico precoz.

Por lo tanto, la omisión de otras pruebas diagnósticas por la Administración privó a la paciente de obtener un tratamiento temprano y, consecuentemente, se le perjudicó en cuanto a sus expectativas de curación, por más que se desconozca cuáles hubieran sido éstas en el caso de ser diagnosticada tempranamente.

QUINTA.- Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2016 (recurso 2630/2014):

“En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

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 pudiera haber evitado o minorado el daño.

En el caso que nos ocupa, con respecto a la posible incidencia de un tratamiento más prematuro en la evolución de la enfermedad, el informe de la Inspección Sanitaria concreta en seis meses y veinticinco la demora en el tratamiento terapéutico de la paciente.

Para su cuantificación económica, la reclamante aporta un informe de valoración del daño que no está suscrito por un especialista del campo de la medicina de que se trata ni por otra parte resulta concluyente en cuanto a las diferencias que hubiera habido en la evolución de la paciente.

Es importante señalar que 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 detectado a tiempo el carácter maligno de la dolencia, es probable que la enfermedad se hubiera detectado en un estadio menos avanzado, con el posible aumento de las expectativas de curación de la paciente, pues se trata de una enfermedad en la que la detección precoz es esencial, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado el importe recogido en la propuesta de resolución.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciarse una pérdida de oportunidad en la asistencia sanitaria prestada a la reclamante y reconocer una indemnización de 20.706,34 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 septiembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 398/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid