

Dictamen n.º: **400/16**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **15.09.16**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por unanimidad, en su sesión de 15 de septiembre de 2016, 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. F.Y.M., por los daños y perjuicios causados por el retraso de diagnóstico de un cáncer de mama en el Hospital Universitario 12 de Octubre, de Madrid.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El expediente remitido trae causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por F.Y.M, bajo dirección letrada, registrada de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el día 1 de abril de 2013 (folios 1 a 24 del expediente administrativo).

Según el escrito de reclamación, la interesada acudió en marzo de 2004 al Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid, puesto que se palpaba un nódulo doloroso en la mama izquierda. Detalla que en dicho servicio le comunicaron que se trataba simplemente de grasa y no debía preocuparse en modo alguno, al ser la mamografía y el informe citológico negativos.

La interesada continua relatando que ante el aumento de tamaño del nódulo y la persistencia de dolores, acudió al Servicio de Medicina Preventiva del propio Hospital Universitario 12 de Octubre, que la remitió al Servicio de Ginecología, donde se evidenció que la paciente presentaba un carcinoma mamario. Subraya que la falta de realización de las pruebas diagnósticas oportunas, impidió que el tumor se diagnosticara antes, con la consecuencia de sufrir metástasis en el hígado y el cerebro. Considera que en la fecha de la reclamación no existe una estabilización de las secuelas que padece, por lo que la reclamación se habría formulado en plazo legal.

En virtud de lo expuesto la reclamante solicita una indemnización en cuantía que no concreta.

Con el escrito de reclamación se adjunta diversa documentación clínica del Hospital Universitario 12 de Octubre, de Madrid.

**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, de 55 años de edad en el momento de los hechos, el 2 de marzo de 2004 es remitida desde el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Hospital Universitario 12 de Octubre, donde trabaja, al Servicio de Ginecología para valoración de una adenopatía axilar izquierda de 1 mes de evolución. Se detalla que cuenta con una mamografía de hace 4-5 años con resultado normal y que no ha tenido exploraciones posteriores.

El 4 de marzo de 2004 la paciente se somete a un estudio citológico con resultado negativo para células malignas. También es realizada una mamografía el 9 de marzo de 2004, en la que “se visualiza un patrón radiológico compatible con unas mamas de ligero

*predominio fibroso y dentro de la normalidad radiológicamente*". En la consulta de Ginecología y Obstetricia se anota "*mamografía 9 de marzo de 2004 con ligero predominio fibroso y dentro de la normalidad radiológica, citología vaginal negativa para células malignas y exploración normal*".

En septiembre del año 2005, la reclamante acude al Servicio de Medicina Preventiva del Hospital Universitario 12 de Octubre, porque desde hace 18 meses nota molestias y dudoso nódulo en la mama izquierda, que ha aumentado de tamaño. La paciente es remitida de manera urgente desde el citado servicio al de Ginecología, para valoración de tumoración "*en incremento de tamaño en los últimos meses asociado a retracción del pezón y ocupación de la fosa supraclavicular izquierda*". En la exploración física se aprecia nódulo duro, con piel de naranja que ocupa la casi totalidad de la mama, plastrón adenopático en axila izquierda y adenopatía supraclavicular izquierda dura y fija. Se solicita mamografía que evidencia un área irregular de 3,5 cms asociada a nódulo de 1,5 cms sospechosa de malignidad. Se realiza PAG (punción con aguja gruesa) y biopsia que confirman un carcinoma ductal infiltrante con linfagitis carcinomatosa en dermis.

Se inicia terapia neoadyuvante previa a la cirugía, que se lleva a cabo el 24 de febrero de 2006, realizando mastectomía y vaciamiento axilar. El informe de Anatomía Patológica da cuenta de extenso carcinoma mucinoso. Ese mismo año 2006 se evidencian metástasis hepáticas por lo que se ajusta el tratamiento.

En diciembre de 2009 la paciente es diagnosticada de metástasis cerebral y en marzo de 2010 se objetiva progresión hepática y mediastínica, por lo que se inicia nuevo tratamiento. En febrero de 2011 inicia tratamiento con Vinorelbina-Herceptin por presentar progresión de la lesión hepática, que se mantiene hasta enero de 2012

en que se aprecia progresión de las metástasis cerebrales. La reclamante es incluida en tratamiento en estudio Boheringher con capecitabina y lapatinib.

En diciembre de 2012, la interesada continúa en tratamiento, evidenciándose un deterioro del estado general con disfunción neurológica de rasgos frontales.

Consta en el expediente que la paciente falleció el 6 de julio de 2013 por cáncer de mama metastásico con metástasis hepáticas e insuficiencia respiratoria.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y el Reglamento del Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la paciente del Hospital Universitario 12 de Octubre (folios 27 a 326 del expediente).

Con fecha 8 de octubre de 2013 tiene entrada en el Servicio Madrileño de Salud un escrito firmado por un abogado en el que da cuenta del fallecimiento de la reclamante y la personación en el procedimiento del esposo y el hijo de la fallecida. Acompaña el escrito de certificado de defunción y copia del libro de familia de la fallecida.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha incorporado al procedimiento el informe del jefe del servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario 12 de Octubre, en

el que se limita a realizar un detalle cronológico de las asistencias dispensadas a la paciente por parte de dicho servicio.

También figura en los folios 361 a 384 el informe de la Inspección Sanitaria de 24 de febrero de 2014, en el que tras analizar la historia clínica de la reclamante y la asistencia sanitaria dispensada así como realizar una detallada exposición sobre la patología de la paciente fallecida, destaca que:

*“Que la referencia expuesta en la reclamación sobre la existencia de un nódulo o lesión palpable en mama, no se ajusta a la realizada y objetivada pues en este caso corresponde al hallazgo durante la exploración física de una adenopatía axilar izquierda de 1 mes de evolución y cuya exploración no aportó detalles de relevancia o sospecha, por lo que no era preciso ni estaba indicada según las reglas actualmente establecidas, la realización de ninguna otra prueba diagnóstica(...)ante la ausencia de patología ginecológica y la edad de la paciente, no es preceptivo según los protocolos ginecológicos actualmente utilizados y basados en la evidencia, proceder a una citación programada temporal concreta, quedando a criterio y voluntad de la paciente el requerimiento para efectuar nuevas revisiones médicas. Este requerimiento no inhibe de la aplicación de las normas básicas y asiduamente divulgadas por todos los medios sobre la autoexploración mamaria y la alerta ante signos de alteración perfectamente explicitados”.*

La Inspección Sanitaria concluye en su informe que se puede descartar en este caso *“de forma absoluta la existencia de una posible negligencia asistencial o defectuosa atención”.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJ-PAC y el artículo 11 del RPRP se confirió trámite de audiencia a los interesados. En uso del trámite conferido al efecto, con fecha 23 de

abril de 2014 formularon alegaciones en las que inciden en los términos del escrito inicial de reclamación.

Finalmente, por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria -por delegación en la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 6/2014, de 17 de marzo- se dicta propuesta de resolución en fecha 27 de octubre de 2014, en la que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada por entender que la reclamación se presentó de manera extemporánea, en base a que los hechos datan del periodo comprendido entre marzo de 2004 y septiembre de 2005 y, en todo caso, haber sido la actuación sanitaria dispensada conforme a la *lex artis*.

**CUARTO.-** El expediente fue remitido al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que el día 10 de diciembre de 2014 emitió el Dictamen 531/14. En el mencionado dictamen se consideró que resultaba claramente de la historia clínica que la grave patología que afectaba a la paciente fue diagnosticada, en palabras de la Inspección Sanitaria, cuando *“la enfermedad ya estaba claramente avanzada”*, por lo que cabía plantearse si podían existir circunstancias que explicaran por qué no se alcanzó el diagnóstico cuando la reclamante acudió a revisión en el mes de marzo de 2004, con una sintomatología caracterizada por mastodinia y un nódulo en el cuadrante superoexterno de la mama izquierda.

En el dictamen se indicó que si bien el informe de la Inspección Sanitaria era concluyente al señalar que el hallazgo en el año 2004 de una adenopatía axilar izquierda de 1 mes de evolución *“no aportó detalles de relevancia o sospecha (ni dolorosa, ni dura ni adherida a planos profundos)”*, por lo que en estas circunstancias *“no era preciso ni estaba indicada según las reglas actualmente establecidas la realización de ninguna otra prueba diagnóstica”*, sin embargo se observaba que en la bibliografía consultada por la Inspección Sanitaria

para emitir su informe se recoge que en las adenopatías, cuando no se tiene un diagnóstico etiológico de las mismas, como pudiera ser el caso, pues nada se consignaba en la historia clínica respecto a la causa del nódulo que presentaba la paciente, se recurre a la realización de pruebas complementarias (iniciales, como hemograma completo, pruebas serológicas, enzimas hepáticas, radiografía de tórax ... y posteriores, como ecografía, linfografía, tomografía computarizada, resonancia magnética e incluso estudio histológico). Cuando las pruebas complementarias no son concluyentes sobre la etiología de la adenopatía, señalaba el dictamen que la bibliografía aportada señala que *“es prudente mantener un período de observación de 3 a 4 semanas”*.

El Dictamen 531/14 consideró que a la Administración le correspondía justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Por ello, teniendo en cuenta lo expuesto y que el Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre, implicado en el proceso asistencial de la reclamante, no daba ninguna explicación médica, si no que se limitaba a realizar un relato de los distintas asistencias prestadas a la paciente, el Consejo Consultivo concluyó que procedía retrotraer el procedimiento a fin de que se requiriera informe al Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre y a la Inspección Sanitaria en relación a por qué no se valoró cualitativamente la presencia de una adenopatía axilar en la paciente asociada a mastodinia izquierda.

**QUINTO.-** Una vez emitido el Dictamen 531/14, de 10 de diciembre, del Consejo Consultivo, se ha incorporado al procedimiento el informe de 7 de febrero de 2015 del jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre, en el que, en contestación al requerimiento del citado dictamen se indica que, en la fecha de los hechos, el Jefe del Departamento de Obstetricia y

Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre creía conveniente que en la Unidad de Medicina Preventiva hubiera un ginecólogo encargado de la parte de "salud de la mujer" de la especialidad, dirigido a las trabajadoras del hospital que solicitaban sus cuidados. El Dr. L. que era el responsable, cuando detectaba una patología ginecológica, enviaba a la paciente a la unidad ginecológica correspondiente del Departamento, donde se confirmaba el diagnóstico y se establecía la estrategia terapéutica a seguir. Destaca que en el caso de la reclamante, según la respuesta que hace al parte de interconsulta enviado desde Medicina Preventiva, *"Paciente de 52 años con Mamografía 9 de marzo de 2004 con ligero predominio fibroso y dentro de la normalidad radiológica, citología vaginal negativa para células malignas y exploración normal"*, consideró que no había patología, por lo que no derivó a la interesada a la Unidad de Patología de Mama del Departamento de Obstetricia y Ginecología y por ello entiende que tampoco creyó necesario hacer más pruebas diagnósticas. No obstante, señala que piensa que informó a la paciente sobre la autoexploración de las mamas y sobre los programas de detección precoz del cáncer de mama. Indica que hace esa aseveración porque ello va unido a la consulta de "salud ginecológica" que se describen en los programas de detección precoz del cáncer mama. Por otro lado indica que cuando el Dr. L. escribe en la respuesta al parte de interconsulta que la *"exploración es normal"* piensa que es porque ha explorado la axila, ya que en el citado parte se escribe *"ruego valoración por tu parte de adenopatía axilar izquierda de 1 mes de evolución..."*, y no halló patología, lo que está en la línea del informe de la mamografía del 9 de marzo que emite el Servicio de Radiología del Hospital. Por último lamenta que Dr. L. no puede aclarar las dudas ya que falleció hace unos años.

También se ha incorporado al procedimiento un informe ampliatorio de la Inspección Sanitaria emitido el 4 de mayo de 2015 en el que realiza una revisión de los hechos relevantes y considera que

ante la ausencia de patología ginecológica y la edad de la paciente, no resultaba preceptivo según los protocolos ginecológicos basados en la evidencia proceder a una citación programada temporal concreta, quedando a criterio y voluntad de la paciente el requerimiento para efectuar nuevas revisiones médicas. Hace especial hincapié en que el concertar cita para revisión sanitaria no inhibe de la aplicación de las normas básicas y asiduamente divulgadas por todos los medios en nuestro ámbito y cultura sobre la autoexploración mamaria y la alerta ante signos de alteración perfectamente explicitados. Señala que el desconocimiento de estas medidas de autocuidado en este caso no podría ser alegado por una mujer de edad media y capacidades cognitivas completas y más teniendo en cuenta que esta noción debería encontrarse aún más plenamente integrada por su condición de empleada con años de experiencia en un centro sanitario. Añade que se patentiza en la reseña del evolutivo como el proceso tiene un prolongado tiempo de evolución pues la propia paciente expuso como el cuadro había incrementado durante ese tiempo aunque no había acudido a consulta médica.

Por lo que se refiere a la concreta pregunta efectuada en el Dictamen 531/14 del Consejo Consultivo, la Inspección Sanitaria tras efectuar una serie de consideraciones científicas sobre las adenopatías de los ganglios linfáticos, señala lo siguiente:

*“partiendo de la existencia de las circunstancias objetivadas en la situación clínica inicial de la paciente en la primera consulta realizada así como los resultados de las pruebas practicadas en ese momento, que indicaban una adenopatía banal, no parece indicado la realización de más pruebas que las establecidas para estos casos en los diversos Protocolos de Gineco-Obstetricia en el seguimiento del cáncer de mama. La ausencia del autocuidado esencial que ocasionó el retraso en la solicitud de la segunda visita,*

*diecisiete meses después, cuando ya el cuadro neoplásico estaba claramente avanzado, parece la causa directa, Si este deber de autocuidado se hubiese practicado adecuadamente, tal vez se hubiese podido agilizar la realización de otros procedimiento diagnósticos que hubiesen podido determinar con certeza el proceso patológico en curso”.*

Una vez incorporados los anteriores informes se confirió trámite audiencia a los interesados. Consta en el expediente que formularon alegaciones el día 26 de abril de 2016 en las que rechazan el argumento de la Inspección Sanitaria relativo a la falta de autocuidado de la paciente. Inciden en que se omitieron pruebas diagnósticas indispensables, así como en que sin alcanzar un diagnóstico etiológico de la adenopatía, se dio el alta a la paciente sin ser citada para nuevas pruebas o control posterior. Subrayan que única y exclusivamente se alcanzó el juicio clínico correcto a instancias de la paciente.

Una vez conferido el trámite de audiencia a los interesados, el 21 de julio de 2016 se formula propuesta de resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada al considerar que la actuación de los diferentes servicios clínicos del Hospital Universitario 12 de octubre fue ajustada a la *lex artis*, sin que incurrieran en mala praxis o privasen a la paciente de la oportunidad de ser tratada.

**SEXTO.-** El día 29 de julio de 2016 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.

A dicho expediente se le asignó el número 452/16, 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.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, 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 15 de septiembre de 2016.

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 Reguladora 7/2015, de 28 de diciembre (LRCJA), según el cual: *“3.En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”.*

En el caso que nos ocupa, la reclamante no cifró el importe de la indemnización solicitada y tampoco lo han hecho sus familiares tras el fallecimiento de la paciente, por lo que al ser de cuantía indeterminada resulta preceptivo el dictamen de este órgano consultivo.

**SEGUNDA.-** Ostenta F.Y.M. legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo

139.1 de la LRJ-PAC, por cuanto es la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria.

Ahora bien, al haberse producido el fallecimiento de la reclamante durante la sustanciación del procedimiento, se plantea la posibilidad de la sucesión de su esposo e hijo en la reclamación, lo que fue admitido por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (así Dictamen 667/11, de 30 de noviembre; Dictamen 623/11, de 10 de noviembre o el Dictamen 448/14, de 22 de octubre) y por esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 17/16, de 21 de abril) en base a lo dispuesto en el artículo 31.3 de la LRJ-PAC: *“cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”*.

En este caso, la reclamación es interpuesta inicialmente por la persona directamente perjudicada por la actuación administrativa, que reclama por las secuelas atribuidas al retraso de diagnóstico de un cáncer de mama. Posteriormente, comparecen el esposo y el hijo de la perjudicada, representados por un abogado, comunicando el fallecimiento de su familiar y su personación en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. En el trámite de audiencia inciden en los términos del escrito inicial de reclamación formulado por su esposa y madre, y solicitan que se dicte resolución o acuerdo indemnizatorio en base a los perjuicios causados a su familiar. En estas circunstancias, en las que no se modifica la causa de pedir, no cabe sino considerar que se reclama a título sucesorio *“mortis causa”*, y reconocer una legitimación activa *“iure hereditatis”*.

Al tratarse de una subrogación en la acción interpuesta por la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria, es necesario que se solicite la aportación del título hereditario, pues no basta con acreditar su relación de parentesco sino que es necesario

que se acredite su condición de herederos, ya sea a título de sucesión intestada o testada.

Es necesario observar que el Consejo Consultivo en el Dictamen 531/14 advirtió sobre la necesidad de requerir a los interesados para que aportasen el correspondiente título sucesorio en los términos contemplados por el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes del dictado de la resolución finalizadora del procedimiento. De igual modo destacó que no resultaba acreditada la representación que el abogado actuante decía ostentar de los familiares de la perjudicada, por lo que de igual manera debía requerírsele la citada acreditación. En la nueva documentación aportada al procedimiento, tras el Dictamen 531/14 del Consejo Consultivo, no consta que los mencionados requerimientos se hayan efectuado, por lo que la Administración, con su actitud, ha creado en los interesados una confianza legítima, que impide que en este momento puedan verse perjudicados por esta forma de actuación, sin perjuicio de que la Administración deba llevar a cabo los citados requerimientos antes de que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico del Hospital 12 de Octubre integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado 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 LRJAP-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que

constituye una aplicación de la teoría de la *actio nata*, recogida en el artículo 1969 del Código Civil.

En este caso la interesada reclama no solo por el hecho motivador del daño, el retraso de diagnóstico de su enfermedad, sino por las consecuencias derivadas del mismo, entre ellas las metástasis sufridas en el hígado y el cerebro, con la consiguiente merma de sus expectativas de vida. Resulta de la documentación examinada que en el año 2006 se apreciaron metástasis hepáticas y en diciembre de 2009 se objetivó una metástasis cerebral, por lo que la reclamante tuvo que ser sometida a diversos tratamientos, pero las lesiones progresaron de manera tórpida, de modo que en diciembre de 2012 se hace evidente un agravamiento de su situación, a pesar de continuar en tratamiento, con deterioro del estado general y disfunción neurológica de rasgos frontales. En estas circunstancias cabe entender que la reclamación formulada el día 1 de abril de 2013 se habría presentado en plazo legal.

En la tramitación del procedimiento se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, se encuentra regulado en el título X de la LRJ-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

Como se dijo supra, se ha recabado y evacuado el informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital 12 de Octubre, implicado en el proceso asistencial de la reclamante fallecida. También durante la instrucción se ha incorporado el procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria. Se han aportado también los informes complementarios solicitados por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Asimismo, se ha conferido trámite de audiencia, de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

**TERCERA.-** El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial :

*“(...) el art. 139 de la LRJAPyPAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.*

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2016 (recurso 1153/2012 ) *“que cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando 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, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de*

*acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico”.*

**CUARTA.-** En el presente caso, el reproche se dirige al Hospital Universitario 12 de Octubre, concretamente a su Servicio de Ginecología y Obstetricia, al que se imputa un retraso en el diagnóstico del cáncer de mama que afectaba a la reclamante fallecida. Como consecuencia de la no detección inicial de su patología y la no realización de las pruebas diagnósticas, a su juicio, oportunas, la reclamante culpaba al servicio médico del referido hospital de las consecuencias de la enfermedad, particularmente las metástasis hepáticas y cerebrales, que minaban sus expectativas de vida.

En este caso, de acuerdo con las alegaciones efectuadas por la reclamante, lo relevante a la hora de enjuiciar la responsabilidad patrimonial es si se produjo la omisión de medios denunciada, pues como hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, en la medicina curativa nos encontramos ante obligaciones de medios y no de resultado, de tal forma que se cumple la *lex artis* cuando se utilizan todos los medios (de diagnóstico, de tratamiento, etc.) de los que se dispone.

Como hemos expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen, la Inspección Sanitaria en sus informes destaca que el diagnóstico de la patología se realizó cuando *“la enfermedad ya estaba claramente avanzada”*, por lo que el Consejo Consultivo cuestionaba si podían existir circunstancias que explicaran porque no se alcanzó el diagnóstico cuando la reclamante acudió a revisión en el mes de marzo de 2004, pues el órgano consultivo señalaba que *“probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”*.

En el informe inicial de la Inspección Sanitaria se destacaba que el hallazgo en el año 2004 de una adenopatía axilar izquierda de 1 mes de evolución “*no aportó detalles de relevancia o sospecha (ni dolorosa, ni dura ni adherida a planos profundos)*”, por lo que en esas circunstancias “*no era preciso ni estaba indicada según las reglas actualmente establecidas la realización de ninguna otra prueba diagnóstica*”. No obstante, para el Consejo Consultivo esta conclusión contrastaba con la bibliografía consultada por la Inspección Sanitaria para realizar el informe de la que se infería que en las adenopatías, cuando no se tiene un diagnóstico etiológico de las mismas, como pudiera ser el caso, pues nada se consignaba en la historia clínica respecto a la causa del nódulo que presentaba la paciente, se recurre a la realización de pruebas complementarias y cuando éstas no son concluyentes sobre la etiología de la adenopatía, la bibliografía señala que “*es prudente mantener un período de observación de 3 a 4 semanas*”.

En el nuevo informe emitido por la Inspección Sanitaria a instancias del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, se incide en achacar la responsabilidad del retraso diagnóstico a la actitud de la paciente, por falta del autocuidado necesario, descartando la infracción de la *lex artis* por parte de los servicios médicos implicados en el proceso asistencial de la reclamante, pues sostiene que se trataba de una adenopatía banal que solo requiere “*una actitud expectante y vigilar la evolución*”.

Sin embargo tal argumentación debe ser rechazada por dos motivos. En primer lugar porque la bibliografía aportada por la Inspección Sanitaria destaca que en las adenopatías se debe buscar la causa y la posible gravedad de las mismas, lo que debe realizarse en primer lugar a través de la anamnesis y la exploración física, mediante las que en la mayoría de los casos se suele llegar a un diagnóstico definitivo, si bien cuando éste no se alcanza debe acudir a pruebas

complementarias. En este caso no resulta acreditado en el expediente que se llegará a determinar la causa de la adenopatía que padecía la reclamante, por lo que de acuerdo con la bibliografía consultada por la Inspección Sanitaria, en el caso de la paciente debió acudir a la realización de las citadas pruebas complementarias, que son, inicialmente, hemograma completo, serología de citomegalovirus, enzimas hepáticas y radiografía de tórax, entre otras, y posteriormente, en caso de que siga sin hallarse la etiología de la adenopatía, ecografía, linfografía, tomografía computarizada, resonancia magnética e incluso estudio histológico. Resulta relevante a nuestro juicio que en este caso nos encontramos con una paciente mayor de 50 años, edad a partir de la que *“la incidencia de procesos malignos aumenta”*, según la citada bibliografía que destaca que *“la edad es el factor pronóstico más importante en cuanto a la probabilidad de benignidad o malignidad”*.

Por otro lado, como segundo argumento, debe destacarse que si seguimos el criterio de la Inspección Sanitaria en el sentido de considerar que lo procedente en el caso de la reclamante era vigilar la evolución sin realizar otras pruebas complementarias, no puede mantenerse tampoco que la actuación de los servicios médicos fuera la adecuada pues no pautó ninguna vigilancia de la adenopatía mediante un seguimiento de la misma, que la bibliografía aportada fija en 3 o 4 semanas como hemos dicho anteriormente.

El nuevo informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital 12 de Octubre, implicado en el proceso asistencial de la reclamante, evacuado a requerimiento del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid no aporta ninguna explicación médica en relación con el interrogante planteado por ese órgano consultivo.

Así las cosas, en opinión de esta Comisión Jurídica Asesora, tal falta de explicación debe recaer en perjuicio de la Administración.

En este caso podemos concluir que la patología que padecía la reclamante no se diagnosticó de forma adecuada, pues se omitieron las medidas de diagnóstico o vigilancia oportunas, conforme a lo anteriormente expuesto, lo que supuso 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 es fundamental para la curación o aumento de las expectativas de vida de la paciente, la realización de otras pruebas diagnósticas o un seguimiento estrecho de la enferma hubiera permitido "probablemente" advertir la presencia del tumor con un menor tamaño y en consecuencia la enfermedad en un estadio menos avanzado.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 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”.*

En este caso, si a la reclamante se le hubiera pautado otra prueba diagnóstica o realizado un seguimiento, su enfermedad hubiera podido ser diagnosticada tempranamente y pudo tener un más rápido tratamiento y mejor evolución, habida cuenta lo importante que en este tipo de patologías es el diagnóstico precoz.

Por lo tanto, la omisión de otras pruebas diagnósticas o de la vigilancia de la adenopatía 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.-** 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 reciente 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.

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 no cabe duda, a tenor de lo informado por la Inspección Sanitaria que el diagnóstico se alcanzó cuando la enfermedad estaba claramente avanzada, por lo que de haberse diagnosticado más tempranamente el tumor maligno la enfermedad hubiera estado en un estadio menor, lo que probablemente habría implicado un tratamiento distinto y otras expectativas de curación. No puede desconocerse que en este caso el cáncer de la paciente progresó de manera tórpida, provocando metástasis hepáticas y cerebrales y el fallecimiento de la reclamante.

No obstante, no cabe pasar por alto, tampoco la actitud de la paciente, que no volvió a consultar por el nódulo en la mama hasta transcurridos 18 meses de la consulta anterior, a pesar de persistir el

bulto e incluso haber aumentado de tamaño. Dicha actitud, lejos de implicar la responsabilidad exclusiva de la víctima, como pretende la Inspección Sanitaria, hasta el punto de tener virtualidad suficiente para excluir la responsabilidad de la Administración, debe servir para minorar la indemnización en atención a la concurrencia de culpa de la víctima pero sin olvidar que la mayor responsabilidad recae en la Administración que no cumplió con las exigencias de vigilancia y observación de la patología que hemos expuesto anteriormente.

Es por ello que tras ponderar las circunstancias del asunto examinado, teniendo en cuenta el estadio tan avanzado en el que se detectó la enfermedad y las graves consecuencias que el retraso de diagnóstico supuso para la reclamante, consideramos procedente reconocer una indemnización por una cantidad global de 60.000 euros, cantidad que debe considerarse ya actualizada.

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 fallecida, e indemnizar a sus familiares en la cuantía de 60.000 euros, siempre y cuando se acredite la legitimación en los términos expresados en la consideración segunda.

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 15 de septiembre de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 400/16

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid