

Dictamen nº: **133/17**

Consulta: **Consejero de Sanidad**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **30.03.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de marzo 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 asunto promovido por Dña. N.S.R., por los daños y perjuicios causados por el retraso de diagnóstico de un cáncer de mama en el Hospital Universitario Ramón y Cajal, de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente remitido trae causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por N.S.R, registrada de entrada en la Comunidad de Madrid el día 22 de mayo de 2014 (folios 1 y 2 del expediente administrativo).

Según el escrito de reclamación, la interesada presentaba un bulto en la mama derecha desde el año 2011. Señala que remitida por su médico de cabecera le realizaron una mamografía en el Hospital Universitario Ramón y Cajal el 8 de junio de 2011. Refiere que en esa mamografía no encontraron nada pero no le hicieron otras pruebas diagnósticas.

La reclamante continúa relatando que el año 2012 notó el crecimiento del bulto por lo que el médico de cabecera volvió a prescribir otra mamografía, si bien le informaron el 28 de marzo de 2012 que el resultado era normal.

Continuando con su reclamación la interesada detalla que el bulto siguió creciendo, además no rendía en su puesto de trabajo y se le caían las cosas de la mano por pérdida de fuerza. Señala que comentada esta sintomatología al médico de cabecera le diagnosticó depresión y ansiedad por la muerte de su madre y le prescribió tranquilizantes. Expone que en octubre de 2013 la reclamante solicitó que se le realizara una ecografía urgente porque su madre había muerto de cáncer de colon y estaba asustada. La prueba se realizó el 21 de octubre de 2013 en la Clínica Fuensanta de la calle Hermanos García Noblejas y fue informada como posible cáncer. Detalla que remitida a la Unidad de Mama del Hospital Universitario Ramón y Cajal fue intervenida quirúrgicamente el 5 de diciembre de 2013 y comenzó el tratamiento de quimioterapia en enero de 2014.

Por todo lo expuesto considera que existe responsabilidad patrimonial imputable al Hospital Universitario Ramón y Cajal y solicita una indemnización de 400.000 euros.

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 38 años de edad en el momento de los hechos, consultó a su médico de Atención Primaria el 13 de mayo de 2011 al haberse detectado un bulto en la mama derecha. Se solicitó una mamografía que es realizada el 8 de junio de 2011. En la historia de Atención Primaria el 29 de junio de 2011 se anota el resultado como mastopatía fibroquística difusa bilateral de predominio fibroso tipo micronodular (BI-RADS 2).

El 15 febrero de 2012 se solicita nueva mamografía bilateral que es realizada el 28 de marzo. Es informada como: mastopatía fibroquística difusa bilateral de predominio tipo micronodular sin evidencia de nódulos dominantes ni microcalcificaciones agrupadas valorables. Adenopatías axilares inespecíficas bilaterales. Hallazgos benignos. BI-RADS 2.

El 1 de abril de 2013 se cursa nueva petición de mamografía. La prueba es realizada el día 4. El informe concluye que no existen hallazgos patológicos y sin claros cambios significativos respecto a previa. BI-RADS 2.

El 23 de julio de 2013 se solicita ecografía de partes blandas por referir la paciente crecimiento de bultoma en mama derecha. Esta prueba se realiza en la clínica Fuensanta el 21 de octubre con el resultado de nódulo en intercuadrantes externos de mama derecha de 13x9 mm, clasificado como BI-RADS 4. Se recomienda estudio con punción de aguja gruesa (BAG)

Desde ese momento es controlada por el equipo de Oncología y Cirugía del Hospital Universitario Ramón y Cajal. El 11 de noviembre de 2013 se realiza BAG guiada por eco en la que se aprecia nódulo espiculado de 1.2x0.6cm en intercuadrantes externos de mama derecha con resultado anatomopatológico de carcinoma ductal infiltrante GII-III. También se realiza punción aspiración con aguja fina (PAAF) guiada por eco, observándose varias adenopatías con cortical engrosada, obteniendo material por PAAF sobre una de ellas con cortical de 0,6 cm con resultado anatomopatológico de metástasis de carcinoma.

La paciente es intervenida el 5 de diciembre de 2013 mediante tumorectomía y linfadenectomía axilar derecha presentando como complicación infección de la herida quirúrgica. El resultado anatomopatológico fue de carcinoma ductal infiltrante grado II, de 1,3 cm, que distaba 0,3 cm del margen más próximo (caudal), con presencia de

componente intraductal extenso y ausencia de invasión linfovascular. Metástasis de carcinoma de mama en 4 de 26 ganglios linfáticos axilares.

Tras la cirugía la reclamante recibió tratamiento de quimioterapia y de radioterapia sobre la mama y cadenas ganglionares, y posteriormente tratamiento de mantenimiento con tamoxifeno.

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 Ramón y Cajal y del Centro de Salud García Noblejas (folios 14 a 354 y 363 a 434 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha incorporado al procedimiento el informe de 23 de junio de 2014 del jefe del Servicio de Radiología del Hospital Universitario Ramón y Cajal, en el que en relación con las mamografías bilaterales realizadas a la reclamante en 2011, 2012 y abril de 2013 señala que *“tras comentar las imágenes con radiólogos adscritos actualmente a la Unidad de Mama de este servicio, concluyen que tal como se informó en las pruebas realizadas, no se visualizan nódulos de sospecha, ni distorsiones arquitecturales, ni microcalcificaciones sospechosas; sin observarse claros cambios significativos entre ellas”*.

También figura en el expediente el informe del jefe del Servicio de Cirugía General y Digestivo en el que se concluye que la demora asistencial en el mencionado servicio ha sido nula, pues transcurrió una semana desde

que se realizó la ecografía (en la Clínica Fuensanta) hasta que se vio en consultas; 38 días desde que se vio en consultas hasta la cirugía realizando las pruebas necesarias, teniendo el resultado final de la biopsia preoperatorio el 24 de noviembre (11 días antes de la cirugía), viendo a la paciente el 25 en consultas y operándola el 5 de diciembre.

Igualmente se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria de 19 de enero de 2015, 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, destaca que:

“En el caso de la paciente, N.C.S se aplicó correctamente el protocolo de screening. Referente a la interpretación de las imágenes mamográficas, se solicitó por parte de la inspectora abajo firmante informe a un observador externo al que no se facilitó ningún dato clínico para la interpretación de las mamografías que se había realizado la interesada en el Ramón y Cajal. La Dra. D. de la Unidad Central de Radiodiagnóstico junto al Dr. F., examinaron los estudios de fecha 28 de marzo de 2012 y 4 de abril de 2013 que se solicitaron al Hospital Ramón y Cajal emitiendo informe con los siguientes datos: Mamas con patrón denso heterogéneo (grado C). Asimetría en unión cuadrante externo mama derecha no presente en previas, de nueva aparición, parcialmente incluida en la proyección craneocaudal. Crecimiento ganglionar en axilas. Categoría BI-RADS 0, precisa estudios complementarios (ecografía o estudios localizados).”

En base a lo anterior, sí parece oportuno haber continuado el estudio tras la mamografía de abril, que al ser informada como sin hallazgos radiológicos patológicos y sin claros cambios significativos respecto a previa, BI-RADS 2 se perdió la oportunidad de un diagnóstico más temprano.”.

Asimismo se ha incorporado al procedimiento un informe pericial elaborado a instancias del Servicio Madrileño de Salud que coincide con el criterio de la Inspección Sanitaria y señala que ha existido una interpretación errónea de la mamografía realizada el 4 de abril de 2013, como sin hallazgos patológicos, perdiéndose la oportunidad de un diagnóstico más temprano, sin obviar además que cuando le prescriben una ecografía el 23 de julio de 2013 tardan casi 3 meses en realizarla. Por ello proponen valorar dicho retraso diagnóstico como período temporal no impeditivo de 200 días, habida cuenta que se desconoce si dicho retraso ha ocasionado una pérdida de oportunidad en la progresión del tumor (al desconocer el grado en el que se encontraba casi 6 meses antes), y no se habría modificado el tratamiento realizado, tanto quirúrgico como posterior quimioterápico. Se propone una indemnización de 6.894,80 euros en atención a los mencionados días no impeditivos y un 10% de factor de corrección.

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 la interesada. En uso del trámite conferido al efecto, con fecha 19 de diciembre de 2016 la reclamante solicitó una ampliación del plazo para formular alegaciones al haber conferido su representación a un abogado. No consta que dicho escrito recibiera contestación de la Administración ni que la interesada formulara alegaciones.

Finalmente, por el viceconsejero de Sanidad -por delegación en la secretaría general del Servicio Madrileño de Salud, - se dicta propuesta de resolución en fecha 16 de febrero de 2017, en la que se estima parcialmente la reclamación indemnizatoria presentada y se reconoce una indemnización a la interesada de 6.977,54 euros, resultado de aplicar a la indemnización fijada por la compañía de seguros la actualización correspondiente a la fecha de la propuesta.

CUARTO.- El día 1 de marzo de 2017 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 78/17, 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, a la letrada vocal D.^a 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 30 de marzo de 2017.

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 ha cifrado el importe de la indemnización solicitada en una cantidad superior a 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de este órgano consultivo.

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 LRJ-PAC y al RPRP, al 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, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

Ostenta N.S.R 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.

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 Universitario Ramón y Cajal 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 que nos ocupa, resulta de la documentación examinada que el diagnóstico del cáncer de mama se alcanzó tras la ecografía realizada el 21 de octubre de 2013 y las pruebas diagnósticas posteriores (BAG y PAF, entre otras) y que la reclamante tuvo que someterse a una tumorectomía y linfadenectomía el 5 diciembre de 2013 y a tratamiento de quimioterapia posterior, por lo que no cabe duda que la reclamación presentado el 22 de mayo de 2014 se ha formulado 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 *ut supra*, se ha recabado y evacuado el informe del Servicio de Radiología y del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital Universitario Ramón y Cajal, implicados en el proceso asistencial de la reclamante. También durante la instrucción se ha incorporado el procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria. Asimismo, se ha conferido trámite de audiencia, de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP. Finalmente se ha formulado la propuesta de resolución del procedimiento.

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.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada Ley 39/2015, si bien, como ya apuntamos anteriormente, en este caso habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP, dada la fecha de iniciación del procedimiento.

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 LRJ-PAC, 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 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 cirugía y posteriormente mediante quimioterapia.

La interesada alega un retraso en el diagnóstico y, consecuentemente, en el tratamiento del cáncer de mama, pues habiendo consultado por la presencia de un bulto en la mama derecha desde el año 2011, no se alcanzó el diagnóstico de la enfermedad hasta finales del año 2013.

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 reclamante consultó a su médico de Atención Primaria en el mes de mayo de 2011 al haberse palpado un bulto en la mama derecha, de manera que se pautó la realización de una mamografía que en ese momento fue informada con resultados dentro de la normalidad. En el mes de marzo de 2012 se realizó una nueva mamografía que fue informada de manera muy similar a la anterior. El 4 de abril de 2013 se lleva a cabo una nueva mamografía que concluye que no existen hallazgos patológicos y la clasifica como BI-RADS 2.

La Inspección Sanitaria en su informe tras analizar el caso a la luz de la bibliografía médica relativa al cáncer de mama considera que se aplicó correctamente el protocolo de screening y por tanto que en este punto “*la asistencia prestada ha sido adecuada o correcta a la lex artis*”, sin embargo estima que existió una interpretación incorrecta de la mamografía realizada el 4 de abril de 2013. Fundamenta esta afirmación en un estudio externo, encargado por la Inspección Sanitaria y realizado por dos especialistas de la Unidad Central de Radiodiagnóstico, que al analizar las mamografías realizadas el 28 de marzo de 2012 y 4 de abril de 2013, consideraron que en la segunda prueba se apreciaba asimetría en la unión del cuadrante externo de la mama derecha no presente en previas, de nueva aparición, parcialmente incluida en la proyección cráneocaudal y crecimiento ganglionar en axilas. Categorizaron los hallazgos como BI-RADS 0, que significa que la prueba precisa estudios complementarios (ecografía o estudios localizados). Como hemos dicho anteriormente, el resultado de la prueba fue calificado en su momento como BI-RADS 2, lo que significaba que se habían apreciado hallazgos benignos no cancerosos que no requerían de otros estudios complementarios o de un seguimiento más estrecho, como sería el caso del BI-RADS 3. Este error en la interpretación de la prueba imagen lleva a la Inspección Sanitaria a considerar que en el caso de la reclamante “*se perdió la oportunidad de un*

diagnóstico más temprano”. Como hemos expuesto en antecedentes no es hasta el mes de octubre de 2013 cuando se realiza una ecografía complementaria que permitió el diagnóstico del cáncer que afectaba a la interesada.

En la misma consideración que la Inspección Sanitaria incide el informe pericial elaborado a instancias del Servicio Madrileño de Salud, que también considera que hubo una interpretación errónea de la mamografía realizada el 4 de abril de 2013 y que en consecuencia se privó a la reclamante de un diagnóstico más temprano. Además el informe pone especial atención en el tiempo transcurrido desde que se solicita la ecografía para el estudio complementario (el 23 de julio de 2013) hasta que se realiza en el mes de octubre de 2013.

Frente a lo expresado en los dos informes citados, el informe del Servicio de Radiología del Hospital Universitario Ramón y Cajal incide en la corrección en la interpretación de las pruebas radiológicas realizadas a la interesada, si bien consideramos más adecuado atender a las consideraciones de la Inspección Sanitaria no solo por la profesionalidad, objetividad e imparcialidad que solemos predicar de la misma en nuestros dictámenes, haciéndonos eco de la jurisprudencia, sino además también en este caso por apoyar sus afirmaciones en un informe externo elaborado por profesionales independientes del caso y de las partes.

Así las cosas, en opinión de esta Comisión Jurídica Asesora, podemos concluir que la patología que padecía la reclamante no se diagnosticó de forma adecuada, pues se omitieron las medidas de diagnóstico 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 complementarias como aconsejaba la categorización BI-RADS 0 que se obvió erróneamente,

hubiera permitido "probablemente" advertir la enfermedad 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, 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"*.

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”.

En este caso, si a la reclamante se le hubiera pautado el estudio complementario que correspondía al resultado de la mamografía de 4 de abril de 2013, su enfermedad hubiera podido ser diagnosticada tempranamente y 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 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 estas 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.

En este caso la reclamante solicita una indemnización de 400.000 euros, pero sin explicitar de donde extrae dicha cantidad ni establecer conceptos diferenciados. Por su parte, el dictamen de valoración de daño emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud fija una indemnización de 6.894,80 euros, en atención a 200 días no impeditivos, computados desde la mamografía erróneamente interpretada de 4 de abril de 2013 hasta la fecha de realización de la ecografía (21 de octubre de

2013), y aplicado un factor de corrección del 10%. La propuesta de resolución acoge dicha indemnización si bien erróneamente le aplica una actualización, a la fecha de dicha propuesta, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo, de la que resulta una indemnización de 6.977, 54 euros, cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC, la actualización debe ser a la fecha que se ponga fin al procedimiento, que lógicamente deberá ser después del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

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.

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 interpretado correctamente la mamografía de 4 de abril de 2013, es probable que la enfermedad se hubiera detectado en un estadio menos avanzado, con el posible aumento de las expectativas de vida de la paciente, pues se trata de una enfermedad en la que la detección precoz es esencial, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado reconocer una cantidad global de 10.000 euros, cantidad que debe considerarse ya actualizada.

Consideramos más acertado reconocer una cantidad global y no aplicar el baremo establecido para los accidentes de tráfico como realiza el informe pericial emitido a instancia del Servicio Madrileño de Salud y acoge la propuesta de resolución, 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 (así Sentencia de 17 de julio de 2014) 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 su Dictamen 91/14 o en el Dictamen 187/15, entre otros, y esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 400/16, de 15 de septiembre.

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 10.000 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 30 de marzo de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 133/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid