

Dictamen n^o: **349/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **06.06.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de junio de 2012, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por M.V.F.M., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por la deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Ramón y Cajal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La interesada basa su reclamación en considerar que se produjo un retraso en la comunicación y por tanto en el diagnóstico y tratamiento del carcinoma ductal infiltrante de mama grado II con afectación de dos ganglios que resultó padecer, lo que le ocasionó mayores perjuicios. Presenta escrito de reclamación con fecha 18 de abril de 2011.

Así, manifiesta que el 20 de noviembre de 2009 acudió a la consulta de Ginecología del Hospital Ramón y Cajal, por un crecimiento de un nódulo, ya conocido, en mama derecha en ínter-cuadrante superior de 1'5 cm aproximadamente.

En dicha consulta se le realizó mamografía, ecografía de mama y un PAAF (punción aspiración con aguja fina). El resultado de dichas pruebas no se le proporcionó en ese momento indicándole que se le avisaría si

aparecía algún tipo de dolencia, y que si no lo hacían volviera a consulta en abril de 2010.

Al no recibir aviso alguno, la reclamante solicitó cita para el 6 de abril de 2010 y en esa consulta la doctora que la atendió comprobó que en la última prueba que correspondía al PAAF aparecía un diagnóstico de “*carcinoma, imprescindible confirmación histológica*”.

Relata que la fecha de esa prueba era del mismo día de la consulta, 6 de abril de 2010 y que esto produjo una crisis y nerviosismo en el personal médico, informándole que padecía dicho carcinoma y que debía de ser intervenida de forma inmediata.

A consecuencia de ello, fue intervenida el 4 de mayo de 2010 consistiendo la operación en cuantrectomía de mama derecha por carcinoma ductal infiltrante GII (2.1 cm.) con invasión linfovascular positivos de veinte extraídos.

Posteriormente fue derivada al Departamento de Oncología y Radioterápica, para continuar con tratamiento de quimioterapia y radio en mama y ganglios, permaneciendo de baja hasta la actualidad (15/03/11).

Considera que desde la fecha de informe de anatomía patológica que contenía la aseveración de: “*Carcinoma imprescindible confirmación histológica*” -3 de diciembre de 2009-, hasta la intervención, transcurrieron cinco meses, cuando la demora media para estos procesos neoplásicos es inferior a 30 días, ya que no existe lista de espera para las mismas, sino que tienen carácter de urgencia -o preferente en el peor de los casos-, sin que exista ninguna justificación para dicha demora en el tratamiento, salvo una deficiente prestación de servicios sanitarios.

Deduce igualmente que el retraso expuesto ha tenido como consecuencias el incremento del tamaño y grado histológico del tumor, que pasó de 1'5 a 2'1 cm y de carácter *in situ* a carácter infiltrante.

Por ello considera que de haber sido operada a tiempo, la cirugía se hubiera limitado a una tumorectomía y no a una cuadrantectomía como se realizó, más vaciamiento axilar, lo que supuso mayores secuelas y peor postoperatorio (quimioterapia y radioterapia complementarios, y tratamientos de por vida). Además que se podría haber beneficiado del estudio del ganglio centinela y no hubiera hecho falta realizar vaciamiento radical quirúrgico de la axila, pues existía metástasis en tres ganglios de los veinte extirpados que no existía cuando se realizó la prueba.

Por último manifiesta que la intervención y tratamiento le ha supuesto que le reconozcan un grado de discapacidad del 32% por enfermedad del aparato digestivo y hepatitis crónica, trastorno de la afectividad por trastorno adaptativo de etiología psicógena y pérdida quirúrgica parcial del órgano mamario.

Aporta junto a la reclamación diversa documentación clínica e informe de perito médico sobre valoración de los hechos y cuantificación de los daños y solicita una indemnización de 67.799,24 €.

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

Se han recabado los antecedentes clínicos de la interesada en el Hospital Ramón y Cajal, el centro de Especialidades San Blas y de Atención

Primaria, así como los informes que se han considerado necesarios: informe del jefe de Servicio de Ginecología del Hospital Ramón y Cajal de 16 de mayo de 2011 (folios 100 y 101), e informe del Servicio de Inspección Médica de 28 de julio de 2011 (folios 315 a 331).

Se ha realizado el oportuno trámite de audiencia, de conformidad con los artículos 84 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 11 del Real Decreto 429/1993.

En dicho trámite la interesada presenta escrito de alegaciones con fecha 30 de noviembre de 2011 (folios 336 a 350).

La viceconsejera de Asistencia Sanitaria, dicta propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de 3 de mayo de 2012.

TERCERO.- De la historia clínica y el resto de documentación obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos:

La interesada acudió el día 20 de noviembre de 2009 al Centro de Especialidades San Blas, por un nódulo en mama derecha de 1,5 cm; en esa consulta se le realizó exploración y se solicitó ecografía, mamografía y PAAF.

El 3 de diciembre de 2009 hay un informe de citología de la PAAF que recoge: *“PAAF sobre zona/nódulo de unos 2-3 cm. En intercuadrantes superiores de mama derecha. DIAGNÓSTICO: Carcinoma. Imprescindible confirmación histológica”*.

El 6 de abril de 2010 (las referencias al día 7 en el expediente deben considerarse un error), *“como estaba programado”* según el informe de la inspección médica, la paciente acude a consulta y se le informa del resultado de la PAAF y se solicita BAG (biopsia con aguja gruesa), estudio preoperatorio y RMN ese mismo día.

Los resultados de la BAG solicitada el 7 de abril de 2010 son informados el 14 del mismo mes con resultado de CDI (carcinoma ductal infiltrante) grado I-II receptores estrogénicos 95% R.P. (Receptores progesterona) 95%, IP (índice proliferativo bajo) bajo, P53 negativo (proteína P 53), HER-2 neu negativo (proteína HER).

Es intervenida el 4 de mayo de 2010, realizándole cuadrantectomía + BSGC (cirugía con biopsia selectiva de ganglio centinela).

El resultado de la biopsia confirma el carcinoma ductal infiltrante en mama derecha (grado II) (2,1 cm. De diámetro mayor). Bordes de resección quirúrgicos profundos a 0,2 cm, superficial a 0,3 cm y craneal a 0,6. Restos de bordes de resección quirúrgica a más de 1 cm. Dos ganglios linfáticos centinelas axilar derechos de tres estudiados con macrometástasis (0,3 y 0,4 cm. de diámetro).

Tras la intervención la evolución es satisfactoria y se decide tratamiento adyuvante con quimioterapia, radioterapia y posterior hormonoterapia por lo que es remitida al Servicio de Oncología Médica y Oncología Radioterápica con revisiones periódicas en consulta de patología mamaria a la finalización de dicho tratamiento.

CUARTO.- Del contenido de la documentación obrante en el expediente interesa destacar los siguientes particulares:

El informe del jefe de Servicio de Ginecología del Hospital Ramón y Cajal recoge que *“Es cierto que desde que se dispone del resultado de la punción en diciembre de 2009 hasta que se le informa de dicho resultado transcurren cuatro meses”*, pero que no se puede afirmar que el retraso haya condicionado el estado de la paciente. No considera adecuados los argumentos del informe médico pericial aportado por la interesada, ya que:

no puede afirmarse que en ese período el carcinoma pasase del estado de “*in situ*” a “*invasivo*” cuando en diciembre existía una sola punción, por lo que en ese momento no es posible saber si el carcinoma es o no infiltrante. “*Para ello hubiera sido necesario haber dispuesto de una biopsia*”.

La técnica de Biopsia Selectiva de Ganglio centinela se realizó, por lo que la afirmación del perito de la reclamante de que “*se podía haber beneficiado de un estudio de extensión axilar*” es falsa.

“*Asimismo el perito refiere en su estudio que de haberse operado antes es probable que la extensión a la axila no se hubiera producido, dando una vez más por supuesto que la paciente no presentaba una invasión axilar cuando acudió a la consulta por primera vez*”.

Consta en el expediente contestación del Servicio de Atención al Paciente a la interesada (folio 86) en el que da traslado de la manifestación del Centro de Especialidades San Blas en la que expresa que “*Debido a la lamentable situación padecida en su caso, se ha iniciado un procedimiento de evaluación interna dentro del servicio de Ginecología, para evitar que se vuelvan a repetir situaciones parecidas. Lamentamos profundamente los hechos ocurridos y deseamos que la rápida intervención posterior permita solucionar definitiva y satisfactoriamente su patología*”.

Por su parte el Servicio de Inspección Médica considera lo siguiente:

No es posible determinar mediante una PAAF que se trataba de un carcinoma *in situ*, ya que con este tipo de prueba se inicia el estudio no siendo posible distinguir entre un carcinoma *in situ* e infiltrante y «*por otro lado, se recalca, es la técnica inicial; (...) “sólo el 2-3% de nódulos palpables resultan ser carcinomas”*».

Igualmente que no fue hasta el 7 de abril de 2010 (en realidad 6), en consulta, cuando se informa del resultado de la PAAF, y se solicita BAG,

RMN y estudio preoperatorio. Considera que *“el que la paciente se podía haber beneficiado de un estudio de extensión axilar mediante la técnica de biopsia selectiva de ganglio centinela, afirmando que esta no se realizó, lo cual no es cierto, basta con leer la historia clínica”*.

Por otro lado los resultados de la BAG solicitada el 7 de abril fue informada el 14 de abril, con un perfil inmunohistoquímico de bajo riesgo (tanto los Receptores Hormonales muy altos, como el HER-2 negativo como el índice de proliferación bajo), *“Por lo que su situación histológica no tendría por qué ser distinta cuatro meses antes. De todas formas esto no se puede afirmar categóricamente”*.

Concluye que la técnica quirúrgica empleada cuadrantectomía, más biopsia selectiva de ganglio centinela, es la técnica de elección en los carcinomas *in situ* y cáncer invasor en etapas tempranas (denominados estados I y II). Esta técnica se usó en la paciente, y tiene el mismo índice de curación que una mastectomía radical. *“Por tanto no se puede afirmar que el retraso que se produjo en la información a la paciente haya condicionado el pronóstico ni el tratamiento”*.

QUINTO.- En este estado del procedimiento y mediante oficio del consejero de Sanidad, de 7 de mayo de 2012, con registro de entrada el 16 de mayo, se formula consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Dña. M^a José Campos Bucé, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 6 de junio de 2012.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación en soporte CD, que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) por ser la cuantía de la reclamación superior a quince mil euros, y se efectúa por el consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Ostenta la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por ser la persona directamente afectada por el daño.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño, al estar el Hospital Universitario Ramón y Cajal integrado en la red pública sanitaria de la Comunidad de Madrid.

Por lo que respecta al plazo para reclamar, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC establece que prescribe al año de producirse el hecho lesivo y en el caso de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación de las secuelas.

En el caso objeto del presente dictamen, la reclamación se presentó con fecha 14 de abril de 2011 y la intervención se realizó el 4 de mayo de 2010, con tratamiento postoperatorio hasta el 16 de marzo de 2011, por lo que debe considerarse presentada en plazo.

TERCERA.- En cuanto al procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos. Especialmente, se ha practicado la prueba que se ha considerado esencial, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño, y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 de la Ley 30/1992.

En materia de prueba, la reclamante propone la declaración del perito médico que emite el informe pericial que acompaña a su reclamación. Sobre este punto es preciso señalar que el instructor de un procedimiento administrativo no necesariamente ha de llevar a cabo todas y cada una de las pruebas que se propongan en el curso del procedimiento, pero tampoco cabe pasar por alto lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 80 de la LRJAP-PAC, conforme al cual: *“el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”*, norma que se incorpora, asimismo, en el artículo 9 RPRP.

Del reproducido precepto resulta, interpretado a *sensu* contrario, que la decisión de la administración en la determinación de las pruebas a practicar en cada caso tiene su límite infranqueable en que las que se rechacen no sean, de forma palmaria, improcedentes o innecesarias. En el caso que nos ocupa, no se ha practicado la prueba propuesta, ni se ha pronunciado motivadamente el instructor para denegar su práctica, contraviniendo lo previsto en el reproducido artículo 80.3.

No obstante, no se ha producido indefensión de la reclamante por cuanto que la prueba resulta innecesaria para el esclarecimiento de los hechos, ya que obra en el expediente el informe pericial del médico cuya declaración se propone, en el que se recogen las consideraciones que estima pertinentes y que han sido tenido en cuenta expresamente en la propuesta de resolución y en los informes médicos administrativos que obran en el expediente.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra 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”*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y

derechos salvo fuerza mayor y siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- 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 en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. 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 aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa, la interesada centra su reclamación en que ya con fecha 3 de diciembre de 2009 existía informe del resultado de la PAAF, en el que se establecía “*carcinoma, imprescindible confirmación histológica*”. Que a pesar de ello no se tuvo conocimiento ni por el médico ni por la paciente de tal resultado hasta la consulta de 6 de abril. En esta consulta se solicitó BAG que

confirmó carcinoma infiltrante y dio lugar a la intervención quirúrgica, transcurridos ya cinco meses. Todo ello supone un retraso de diagnóstico y una pérdida de oportunidad con daño para dicha paciente.

Para su resolución es necesario valorar si la asistencia sanitaria cuestionada se ajustó a los parámetros de la *lex artis*, esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que enervaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, porque de acuerdo con una consolidada jurisprudencia *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”* (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 -recurso 6/7915/03-, 7 de marzo de 2007 -recurso 6/5286/03-, 16 de marzo de 2005 -recurso 6/3149/01-), o lo que es lo mismo, no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

Hay que tener en cuenta además que *“Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 recurso n° 8252/2000).

Por ello, como primera cuestión, el retraso en el diagnóstico debe conllevar una relación de causalidad directa con el daño para determinar la responsabilidad administrativa, causalidad que constituye un requisito esencial de dicha responsabilidad.

En primer lugar, en cuanto a que se haya producido una demora material en el diagnóstico, hay que tener en cuenta la secuencia temporal de los hechos y determinadas circunstancias.

Recordemos que el 20 de noviembre de 2009 se realiza la exploración y se solicita PAAF entre otras pruebas; el 3 de diciembre ya se informa “*carcinoma imprescindible confirmación histológica*”; el 6 de abril de 2010 se tiene conocimiento en consulta del resultado y se solicita BAG y estudio preoperatorio para su confirmación; el 14 de abril se informa la BAG con resultado de carcinoma infiltrante; y el 4 de mayo se produce la intervención.

De esta manera entre la primera consulta y la intervención transcurren 5 meses y 14 días.

Si bien los informes médicos existentes valoran como correcta la atención recibida, no lo hacen con base en la inexistencia de retraso en el diagnóstico, sino que se basan en la falta o indeterminación de efecto dañoso en la paciente por el tiempo transcurrido, lo cual no nos conduce a la existencia o no de mala praxis por retraso en el diagnóstico sino a la existencia o no de relación de causalidad que trataremos posteriormente.

De igual manera consta en el expediente (folio 86) contestación del Servicio de Atención al Paciente a la interesada en el que da traslado de la manifestación del Centro de Especialidades San Blas en el que se recoge que “*Debida a la lamentable situación padecida en su caso, se ha iniciado un procedimiento de evaluación interna dentro del servicio de Ginecología, para evitar que se vuelvan a repetir situaciones parecidas. Lamentamos profundamente los hechos ocurridos y deseamos que la rápida intervención posterior permita solucionar definitiva y satisfactoriamente su patología*”.

Ello pone de manifiesto al menos una situación anómala.

Igualmente conviene destacar que la PAAF solicitada tras la consulta de noviembre de 2009 lo es con “*carácter preferente*” (folio 25), y que no fue hasta el 6 de abril de 2010 cuando se tiene conocimiento de su resultado (que ya existía en informe desde 3 de diciembre de 2009). Hay que hacer notar igualmente que ese mismo día 6 de abril se solicita “*BAG y estudio preoperatorio*” (como recoge la inspección médica, folio 329) entre otras pruebas, de lo que puede deducirse la urgencia con que se actuó nada más conocer no el resultado de la posterior BAG sino con el conocimiento del informe inicial de la PAAF.

Estas circunstancias en su conjunto hacen que pueda dudarse de una buena praxis en los tiempos de actuación desde la primera consulta de la interesada, si bien tampoco de forma tajante se puede afirmar que dicho retraso conllevara un daño a la interesada sin tener en cuenta la relación de causalidad.

El nexo causal cobra relevancia tanto en éste como en otros ámbitos de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, de modo que “*Entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa a efecto, ya que la Administración – según hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de veintiocho de febrero (RJ 1998, 3198) y veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho, veintiséis de febrero de dos mil (RJ 2000, 2450), veinticuatro de septiembre de dos mil uno (RJ 2001, 9178, y trece de marzo y diez de junio de dos mil dos, sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o actividad administrativa*”, (STS de 9 de julio de 2002 SR.7648).

Tres son los argumentos de la reclamante en cuanto a que el retraso en el diagnóstico le ha producido un daño, y que son refutados por el informe del Servicio de Ginecología que asume la inspección médica:

1.- Que el retraso ha condicionado el paso de carcinoma *in situ* a infiltrante.

Según el informe del Servicio (folio 100) «*con una sola punción, que es de lo que se disponía en diciembre de 2009 no se puede afirmar que en ese momento el carcinoma no fuera “infiltrante”. Para ello hubiera sido necesario haber dispuesto de una biopsia*».

El argumento no es de recibo, toda vez que es precisamente el retraso en la realización de dicha prueba y consiguiente intervención, lo que se discute como mala praxis.

Por otra parte la inspección médica considera en sentido contrario que, dado que el perfil inmunohistoquímico era de bajo riesgo “*no se puede afirmar que el retraso que se produjo en la información a la paciente haya condicionado el pronóstico ni el tratamiento*”.

En definitiva parece que si bien no puede afirmarse que ya existiera un carcinoma infiltrante en la fecha de la punción (noviembre 2009), lo cierto es que tampoco se puede excluir dicha posibilidad.

2.- Que la paciente se podía haber beneficiado de un estudio de extensión axilar mediante la técnica de Biopsia Selectiva de Ganglio Centinela.

El informe del Servicio pone de manifiesto que sí se realizó dicha técnica.

Pero hay que tener en cuenta que no se realizó con anterioridad a la intervención sino en la intervención misma (folio 42), de modo que, igualmente, pudo haberse realizado con anterioridad si se llega a detectar la existencia del carcinoma sin tanta demora.

La prueba de estudio de ganglio centinela hubiera podido dar negativa con lo que se hubiera evitado el vaciamiento radical quirúrgico de la axila,

lo que fue necesario en la intervención al encontrar tres ganglios positivos de veinte extirpados.

3.- Que de haberse operado antes la extensión en la axila no se hubiera producido.

Al igual que en el punto anterior, la reclamante da por supuesto que no tenía dicha invasión axilar en el momento de la punción. Si bien ello no puede afirmarse categóricamente; como hemos dicho, hasta disponer del resultado de la BAG, subsiste la duda de si de haberse actuado antes se hubiera evitado un mayor resultado dañoso.

A ello añade la interesada el hecho cierto que el nódulo tenía 1,5 cms en el momento de la exploración en noviembre de 2009 y 2,1 cms (un 40% más) en el momento de la intervención.

SEXTA.- El análisis anterior nos lleva a plantear la posibilidad de la apreciación de una pérdida de oportunidad que igualmente alega la interesada.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 2 de enero de 2012 (recurso de casación num. 4795/2010; Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí), considera que: *«Podemos recordar la reciente sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once (JUR 2011, 350537), recurso de casación 6280/2009, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores:*

“Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8082), recurso de casación 1593/2008:

‘La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005,

8846), como en las recientes de 4 (RJ 2007, 6617) y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993), configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. 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” (FD 7º)».

Es esta pérdida de alternativa de tratamiento o pérdida de una mejor expectativa de curación lo que la interesada reclama como indemnizable, pues subsiste la duda del resultado de las pruebas si se hubieran realizado sin la demora con que se hicieron.

De este modo la 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 (STS 8 de noviembre de 2007).

El hecho de que la inspección médica recoja que “*su situación histológica no tendría por qué ser distinta 4 meses antes*” (folio 329), o que “*no se puede afirmar que el retraso que se produjo en la información a la paciente haya condicionado el pronóstico ni el tratamiento*” (folio 331), no

excluye la posibilidad de que así fuera. Y máxime si se tiene en cuenta que el propio Servicio de Ginecología recoge en su informe que no es posible determinar si existía o no infiltración del carcinoma al sólo disponer de la PAAF.

Es importante además 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.

Por otro lado se echa en falta alguna referencia al Protocolo de cáncer de mama del propio Hospital Ramón y Cajal, a cuya luz debemos interpretar los hechos relacionados en el presente asunto, y que ni consta en el expediente ni es aludido por la inspección médica.

Así el Protocolo fue actualizado en el 2006, y pone especial énfasis en el diagnóstico y tratamiento precoz. Recoge que *“Toda lesión palpable o no es susceptible de ser biopsiada. Para lesiones no palpables, sólo evidentes con exploración radiológica, se sugiere al mismo tiempo un tratamiento diagnóstico y terapéutico a nivel local.”* Asimismo concede una gran importancia a la localización y biopsia selectiva del ganglio centinela (primer ganglio al cual drena el tumor primario) y que ofrece una valoración directa del estadio histológico, de modo que su biopsia de forma terapéutica permite detectar micrometástasis.

Todo ello pone de manifiesto la especial atención que debe poner la asistencia sanitaria en la detección precoz de esta enfermedad, a través de todos los medios y pruebas a su alcance que correspondan al caso concreto y en el tiempo más corto posible, sin que sea razonable que un paciente espere 5 meses a que se le indique la existencia de un carcinoma de mama y no se realice con anterioridad prueba alguna de biopsia o ganglio centinela,

indicando directamente una cirugía cuya urgencia refleja precisamente la procedencia de las pruebas omitidas en su momento.

Este Consejo Consultivo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la existencia de pérdida de oportunidad indemnizable en supuestos de retraso de diagnóstico, como en el Dictamen 211/12 de 11 de abril de 2012 (expediente 154/12), o en el de Dictamen 43/10 de 17 de febrero de 2010 (expediente 20/10).

En este último ya consideramos (aún aplicado al concreto supuesto de hecho que objeto de aquél Dictamen) que *“En el caso sometido a dictamen lo cierto es que, después de aconsejar la realización de un estudio histológico, se privó a la reclamante de dicha prueba diagnóstica, posponiéndola, al menos, seis meses, lo que motiva la aparición de la responsabilidad de la Administración al no haber puesto todos los medios a su alcance para evitar la pérdida de oportunidad de diagnosticar el carcinoma de la paciente lo antes posible causando un daño que no se tenía la obligación jurídica de soportar – en el mismo sentido las Sentencias de la Audiencia Nacional de 14 de mayo (recurso 745/2001) y 15 de octubre de 2003 (recurso 823/2002) –”*.

En definitiva, el crecimiento del nódulo entre la exploración y la operación, la premura con que se actuó tras conocer el resultado de la PAAF, pidiendo ya incluso estudio postoperatorio, el hecho cierto que no se pueda determinar con la PAAF si el carcinoma era infiltrante o no (como expresamente manifiesta el Servicio competente), sin que se hiciera una BAG sino meses después, y que todo ello hizo transcurrir más de 5 meses desde la primera asistencia sanitaria hasta la cirugía, hace que deba admitirse la existencia de una pérdida de oportunidad indemnizable, máxime tras comprobarse la existencia de dos ganglios afectados. El resultado de tales circunstancias es la reducción de unas mayores posibilidades de curación.

SÉPTIMA.- Apreciada la existencia de pérdida de oportunidad por los argumentos expuestos, sólo resta determinar la cuantía indemnizatoria.

A este respecto, la *«privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” -sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco (RJ 2005, 8846), veintiséis de junio de dos mil ocho (RJ 2008, 6525) y veinticinco de junio de dos mil diez (RJ 2010, 5886), recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007 - 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 posee a disposición de las administraciones sanitarias. (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. 4^a, de 16 de enero de 2012, recurso de casación num. 6794/2009, Ponente Excmo. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo).*

La reclamante cifra la indemnización que solicita en 67.799,24 €, atendidos el perjuicio funcional, estético, incapacidad permanente parcial, estancia hospitalaria y bajas impeditivas, por aplicación del baremo por accidentes y secuelas derivados de accidentes de automóvil publicado por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y referido al ejercicio 2010 (Resolución de 31 de enero de 2010 del Ministerio de Economía y Hacienda, B.O.E. de 5 de febrero de 2010).

En el presente caso, no existe ninguna duda de que la indemnización que corresponde a la reclamante no es por la lesión en sí, que en cualquier caso tendría que haber sido tratada, sino por la expectativa de una mejor curación o por la expectativa de un tratamiento menos agresivo si los ganglios hubieran podido no estar afectados.

Es por ello que tras ponderar las circunstancias del asunto examinado y los informes médicos, este Consejo Consultivo considera adecuado el reconocimiento de una indemnización por una cantidad global de 15.000 euros, cantidad que deberá actualizarse conforme la evolución del índice de precios al consumo hasta su completo pago.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial solicitada, por existir una pérdida de oportunidad de tratamiento en la asistencia sanitaria dispensada a la interesada. Se considera adecuada una cuantía indemnizatoria 15.000 €.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 6 de junio de 2012