

Dictamen nº: **91/14**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.02.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de febrero de 2014, 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 N.S.T.B., sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por el que considera deficiente proceso asistencial recibido por parte del Centro de Salud Panaderas de Fuenlabrada, lo que produjo retraso diagnóstico y demora en el tratamiento de la patología cancerígena que padecía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en el Ayuntamiento de Fuenlabrada el día 15 de enero de 2013 y registrado de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el día 24 siguiente se presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, al considerar la interesada que por parte de su médico de atención primaria no se actuó con la debida diligencia a la hora de derivarla al especialista de Ginecología cuando acudió a consulta en octubre de 2010 por presentar un bulto en la mama y que una vez realizada la interconsulta al especialista, ésta se llevó a cabo como preferente y no como urgente.

Manifiesta la reclamante que “*derivada de una mala praxis y un diagnóstico tardío, la paciente ha perdido su pecho izquierdo y tiene las*

secuelas de por vida en uno de sus brazos debido al Linfedema derivado de la enfermedad sufrida en primer término, además si se hubiesen llevado a cabo las pruebas de diagnóstico sin demora *“las consecuencias derivadas de la enfermedad podrían haber sido menores y haber dejado menos secuelas en la paciente”*.

Desde su punto de vista ha existido mala praxis desde el principio, ya que la doctora de atención primaria *“no le dio la importancia requerida a un bulbo de 1 cm en el pecho izquierdo”*. Una vez conseguida la consulta en el especialista, interpuso una reclamación en el Servicio de Atención al Paciente del Hospital Universitario de Fuenlabrada, por el retraso en la citación con el especialista, que no se consideró urgente, pues al decir de la reclamante, su médico de atención primaria en el volante *“ponía URGENTE rodeado con bolígrafo”*.

Adelantada la cita y diagnosticada de tumor maligno en la mama izquierda el 18 de abril de 2011, tras varias sesiones de quimioterapia, fue sometida a una mastectomía radical y linfadenectomía el 6 de octubre de 2011, iniciando posteriormente tratamiento radioterápico.

Refiere que arrastra una secuela en su brazo izquierdo debido a la linfadenectomía. El 17 de enero de 2012 le diagnostican linfedema de miembro superior izquierdo posmastectomía, a causa de la cual ha de utilizar *“una manga y un guante compresivos con los que deberá convivir el resto de su vida, limitando en muchos aspectos su vida diaria y, por tanto, la laboral”*. Ha solicitado el reconocimiento del grado de discapacidad, la Dirección General de Servicios Sociales de la Consejería de Asuntos Sociales le reconoce con fecha 21 de mayo de 2012 el 10% del grado total de discapacidad. Baremo de movilidad: negativo (0), no alcanza el mínimo requerido.

No efectúa inicialmente valoración de los daños y perjuicios, si bien en escrito posterior solicita 600.000 € “*tirando por lo bajo*”. Acompaña al escrito copia de diversos documentos médicos, de la cita en el Servicio de Ginecología y Obstetricia para el 4 de mayo de 2011, de la reclamación presentada en el Servicio de Atención al Paciente del hospital y de la resolución de incapacidad de la Consejería de Asuntos Sociales. Ofrece como testimonio el suyo y el de sus familiares, si así fueran requeridos para ello.

SEGUNDO.- La historia clínica y la restante documentación médica obrante en el expediente, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

La reclamante, nacida en 1955 sin antecedentes personales de interés para el presente caso y con control mamográfico normal, realizado en febrero de 2010; acude el 14 de octubre de 2010 a su centro de atención primaria por haberse detectado un bulto en la mama.

A la exploración se objetiva a nivel inframamario en la zona central un nódulo indurado, no doloroso, no retracción, a expensas de la costilla. La paciente refiere que ha tenido un traumatismo previo, la patada de un niño al que cuidaba (trabaja en un jardín de infancia). Se pauta antiinflamatorio y se cita para ver la evolución.

Vuelve a consulta el 28 de octubre, se hace interconsulta al Servicio de Ginecología del Hospital Universitario de Fuenlabrada con prioridad normal. Motivo y observaciones: “*Mama bulto. A nivel de mama izquierda, se objetiva tumoración a nivel central, en zona inferior, palpable y doloroso a la palpación, impresiona de componente quístico, mamografía normal en febrero, no obstante derivó, para seguridad*”. Se le da cita para el 4 de mayo de 2011.

El 14 de marzo de 2011 es vista nuevamente en consulta y se hace nueva interconsulta con prioridad especial V. Las observaciones informan de tumoración en la mama izquierda de consistencia dura, con sensación de

escozor “se le derivó en octubre, porque era bastante más pequeño, e impresiona de componente quístico, tenía una ecografía anterior del mes de febrero todo normal, ahora ha aumentado de tamaño, y nota dolor y escozor”.

El 28 de marzo de 2011 acude a consulta de Obstetricia y Ginecología, donde se confirma tumoración mamaria izquierda sospechosa y se solicita mamografía de alta resolución de forma preferente, que se realiza, junto con una ecografía mamaria el 4 de abril. El 6 de abril se hace biopsia con aguja gruesa (BAG).

El 7 de abril se emite el informe de Anatomía Patológica informando de carcinoma ductal infiltrante grado III. El 18 de abril se informa a la paciente de los resultados: metástasis ganglionar linfática por adenocarcinoma.

El 20 de abril se define el diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante de mama izquierda grado III cT2 N+ y se decide en Comité de Tumores Mamarios proponer tratamiento quimioterápico neoadyuvante. Siete días después es valorada en la consulta de Oncología Médica y el 3 de mayo recibe el primer ciclo de quimioterapia.

El 3 de mayo de 2011 la paciente no acude para valoración a consulta del Servicio de Anestesia, que se lleva a cabo el 2 de septiembre siguiente, resultando correcta.

El 16 de septiembre de 2011 se incluye a la paciente en lista de espera quirúrgica para mastectomía y linfadenectomía izquierda, firma los documentos de consentimiento informado que obran en el expediente a los folios 190 a 199, entre las complicaciones específicas a la mastectomía radical consta: Edema de brazo (es la complicación mas frecuente). Consiste en la formación de un linfedema en la extremidad superior, debido sobre todo, a la interrupción de drenaje linfático, por la exéresis de los vasos y ganglios linfáticos axilares.

El último ciclo de quimioterapia neoadyuvante lo recibe el 20 de septiembre y el Comité de tumores mamarios decide proponer a la paciente mastectomía y linfadenectomía axilar izquierda en función de su respuesta a la quimioterapia, la linfadenectomía axilar era mandatoria por la afectación axilar en el diagnóstico.

El 6 de octubre se realiza la cirugía sin complicaciones intra ni posoperatorias y recibe el alta el 9 de octubre. Tras el alta acude a las curas pautadas donde se le da información sobre la prótesis, los ejercicios a realizar y el cuidado del brazo afecto que tiene buena movilidad. No obstante, el 19 de octubre presenta limitada movilidad del miembro afecto, en la parte axilar, tendón a tensión, se le indica que lo comente el día de la consulta médica por si precisara rehabilitación. Debe seguir con los ejercicios.

El 28 de octubre es valorada de nuevo en las consultas de Ginecología Oncológica y Oncología Médica, sin apreciar complicaciones inmediatas (ni linfedema) y se le propone hormonoterapia y radioterapia.

El 8 de noviembre es evaluada en la consulta de Oncología Radioterápica y el 17 de noviembre recibe la primera sesión de radioterapia en lecho mamario y axila, donde continúa las sesiones a lo largo de noviembre y diciembre del 2011 y durante el año 2012.

Desde el 13 de diciembre de 2011 acude a sesiones de grupo de mama en Fisioterapia. El 17 de enero del 2012 es valorada en el Servicio de Rehabilitación por linfedema leve en mano y muñeca izquierdas de un mes de evolución (tras el comienzo de las sesiones de radioterapia).

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Con fecha 4 de febrero de 2013 se requiere a la interesada para que concrete la cuantía indemnizatoria. El 13 de marzo presenta escrito en el que además de exponer los problemas que presenta en la actualidad, reclama *“hoy por hoy tirando por lo bajo solicito 600.000 euros”*

ya que hasta dentro de x años no sabremos si me he curado o en que condiciones quedo". No indica el criterio aplicado para la obtención de esa cantidad.

Se han incorporado al expediente, además de la historia clínica de la paciente, los documentos de consentimiento informado suscritos por la misma y los informes de los servicios médicos intervenientes en el proceso asistencial.

Por parte del médico de atención primaria, con fecha 6 de febrero de 2013, informa que la paciente acudió a consulta:

"(...) el día 14 de Octubre de 2010 refiriendo que notaba un bulto en el pecho izquierdo de una semana de evolución que ella atribuye a un traumatismo previo (una patada de un niño) se objetiva un pequeño nódulo de aproximadamente 1 cm de diámetro sin criterios de malignidad en el momento de la exploración: localizado en el cuadrante infero-interno mama izquierda, no adherido a planos profundos, ligeramente doloroso a la palpación, piel circundante de aspecto normal, el complejo areola-pezón sin alteraciones no palpándose adenopatías ni alteraciones en la mama contraria. La paciente presenta una mamografía realizada en febrero de 2010, por tanto 7 meses antes, informada como normal y así mismo niega antecedentes familiares o personales de cáncer de mama, como también queda reflejado este hecho en el registro mamográfico no solo de ese año sino también de las mamografías anteriores.

Me gustaría resaltar que el hecho de tener una mamografía negativa realizada según protocolo de detección precoz del cáncer de mama de la comunidad de Madrid 7 meses antes con el resultado de normal, ha sido omitido en todas las reclamaciones interpuestas por [la paciente] considero que este hecho es lo suficientemente importante para haber sido

tenido en cuenta a la hora de aportar documentación como así ha hecho con el resto de informes, PIC, etc.

Dado el antecedente traumático inicio tratamiento con AINES y observación domiciliaria y cito a la paciente en 15 días para ver la evolución. En dicha revisión el nódulo no ha variado por lo que solicito valoración por ginecología para completar el estudio e informo a la paciente que en caso de variación acuda de nuevo a consulta. Una vez realizada la derivación no nos es posible saber cuánta demora tiene, y la paciente tampoco volvió a comunicarnos cuando le habían dado cita, ni si se había producido algún cambio.

[La paciente] no vuelve a consulta hasta el 14-3-2011. En esa fecha, en la exploración física el nódulo había cambiado claramente sus características había aumentado de tamaño considerablemente, era claramente doloroso a la palpación, y era totalmente diferente en cuanto a criterios de benignidad, con respecto a la primera exploración. Debido a ello le pregunté cómo no había acudido antes a la consulta siguiendo las claras indicaciones que le había dado en la primera visita, como así reconoce en su reclamación la señora (...) respondiendo que había decidido esperar a la cita que le habían dado cuando se le derivó la primera vez.

Ante el cambio en la exploración y al existir ahora sospecha de malignidad en las características del nódulo derivo de manera urgente a ginecología, de manera manual, por un problema informático ajeno al proceso como así mismo reconoce la demandante en la reclamación interpuesta en el Hospital Universitario de Fuenlabrada, donde refiere que se le mandó al mostrador con un volante donde ponía urgente.

Desde centralita, se le tramita como preferente en lugar de urgente, como yo había solicitado; y le dan cita para octubre (recordemos que

estábamos en marzo) la paciente tuvo que reclamar de nuevo la cita y entonces después de tres días ya le tramitaron como urgente todo esto está recogido en la reclamación interpuesta por [la paciente]”.

El informe del coordinador del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario de Fuenlabrada, con fecha 7 de febrero de 2013, expone que desde el punto de vista de su servicio la paciente ha recibido una atención correcta, eficaz y rápida. Asimismo, el jefe de Servicio de Oncología Médica del mismo hospital informa que las actuaciones de su servicio se consideran correctas y adecuadas.

El informe emitido por la Inspección Sanitaria el día 12 de marzo de 2013, una vez analizados los hechos concluye: “*A la vista de todo lo actuado anteriormente, no existe evidencia de que la asistencia prestada haya sido incorrecta o inadecuada a la lex artis, aunque es de destacar el elevado tiempo de demora entre la consulta solicitada a Ginecología el 28/10/2010 con carácter normal y la cita el 4/5/2011*”.

Por escrito de 18 de septiembre de 2013, notificado el día 23 del mismo mes, se ha comunicado la apertura del trámite de audiencia con remisión del expediente administrativo a la interesada que en el plazo conferido al efecto presenta escrito de alegaciones en las que manifiesta su “*disconformidad ante el final de esta instrucción*”. Insiste en que la actuación llevada a cabo por parte de atención primaria “*no fue lex artis como se atreven a insinuar, esta doctora recibió un claro caso de riesgo y posible cáncer de mama, haciendo un diagnóstico vago ante un bulto de un cm en el pecho izquierdo, sin pedir una cita ginecológica urgente y diagnosticando sin urgencia ninguna que era un mero bulto de grasa*”.

Por otro lado, quiere dejar claro que su reclamación va dirigida a “*una doctora de atención primaria del centro médico de Panaderas*”, pues la atención dispensada por el Hospital Universitario de Fuenlabrada, desde el

principio fue adecuada y correcta y en ningún momento ha mencionado su malestar con ese Servicio.

Tampoco está de acuerdo con la negativa del reconocimiento de una prestación por incapacidad laboral debido a las secuelas derivadas en uno de los brazos debido a una linfadenectomía.

El 17 de enero de 2014 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- Por el consejero de Sanidad, mediante escrito de 29 de enero de 2014, registrado de entrada el día 7 de febrero siguiente y que ha recibido el número de expediente 55/14, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excmo. Sra. Dña. María 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 26 de febrero de 2014.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación, en soporte CD, que se consideró suficiente y de la que se ha dejado constancia en los anteriores antecedentes de hecho.

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 (en adelante LCC), por ser la cuantía de la indemnización 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, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 14 de marzo de 2014.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesado, 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 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).

La perjudicada está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial en nombre propio, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que ha sufrido el daño supuestamente ocasionado por una deficiente asistencia sanitaria.

Se cumple igualmente la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, titular del centro sanitario al que se imputa el daño.

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que “*el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas*”. En el caso que os ocupa, a resultas de la mastectomía radical a que fue sometida el 6 de octubre de 2011, le fue

diagnosticado un linfedema en el miembro superior izquierdo el 17 de enero de 2012, por lo que se encuentra en plazo la reclamación formulada el 15 de enero de 2013.

El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos. Especialmente, 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 RPRP y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

TERCERA.- 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 de 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, lo siguiente:

“1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, 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.

2.- *En todo caso, el daño alegado habrá de ser 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.

Por otra parte, no cabe olvidar que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000- entre otras).

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 con quimioterapia, cirugía, y posteriormente radioterapia, padeciendo como secuela de la intervención quirúrgica un linfedema en el miembro superior izquierdo.

Sentado lo anterior es obligado determinar si la asistencia sanitaria dispensada se ajustó a los parámetros de la *lex artis*, lo que enerva la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

En el presente caso, 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 en octubre de 2010, no se le cita para el especialista en ginecología hasta mayo de 2011.

Como ha quedado relatado en los antecedentes de hecho, la interesada consultó el 15 de octubre de 2010 a su médico de atención primaria por haber detectado un bulto en su mama izquierda; tras ser tratada con antiinflamatorios que no mejoraron la sintomatología, fue remitida al ginecólogo, si bien no se le da cita hasta el 4 de mayo de 2011. No obstante, al persistir y aumentar de tamaño el bulto, volvió a consultar a su médico de atención primaria el 14 de marzo de 2011, quien volvió a reiterar la interconsulta al ginecólogo, siendo citada finalmente el 28 de marzo de 2011. Tras realizarle varias pruebas diagnósticas se llega, el 14 de abril, al diagnóstico de cáncer de mama infiltrante grado III, del que fue tratado.

No cuestiona la reclamante, contrariamente a lo que se indica en la propuesta de resolución y a lo que parece haber entendido el instructor del procedimiento al recabar informe de los servicios de Ginecología y Oncología del Hospital de Fuenlabrada, el tratamiento que se le dispensó a la interesada una vez que se le diagnosticó el cáncer de mama que, como aclara en el trámite de audiencia, considera correcto, sino el retraso en el diagnóstico y tratamiento de la patología que padecía.

Centrado en estos términos el objeto de la reclamación es relevante traer a colación lo establecido por la Inspección en su informe al señalar:

“Es de destacar que la cita para la consulta de Ginecología anteriormente mencionada se la dan para el 4/5/2011 en el CEP El

Arroyo, lo que constituye un lapso de tiempo excesivo para dicha interconsulta, aunque la prioridad sea Normal.

La paciente no espera dicho periodo de tiempo y vuelve a acudir a su médico de familia el 14/3/2011 constatando esta que el nódulo había cambiado sus características, aumentando su tamaño, era doloroso a la palpación y era totalmente diferente en cuanto a criterios de benignidad con respecto a la primera exploración, existiendo en dicho momento sospecha de malignidad en las características del nódulo por lo que se deriva de manera urgente a Ginecología de forma manual.

Esta derivación es tramitada por la unidad administrativa como preferente en lugar de urgente, dándole cita para el mes de octubre por lo que la paciente tuvo que reclamar la cita que a los tres días fue tramitada como Urgente, siendo citada para el 28/3/2011.

A partir de este momento la sucesión de acontecimientos puede ser considerada la normal en este tipo de procesos”.

De lo que se infiere que hasta ese momento la situación fue anómala.

Lo que en este caso parece haber fallado no es la concreta asistencia sanitaria prestada por el médico de familia que atendió a la reclamante, a la que derivó al especialista, sino el sistema sanitario en su conjunto en cuanto que el proceso asistencial se retrasa y no se llega a un diagnóstico hasta seis meses después, encontrándose ya entonces el cáncer en estadio III.

Nos encontramos ante un supuesto de pérdida de oportunidad, definida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo -*vid.* entre otras, las Sentencias de 25 de junio de 2010 (recurso de casación 5927/2007) y 7 de julio de 2008, (recurso de casación nº 4.476/2004)- como «*la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, 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; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una “falta de servicio”».

Si a la reclamante se le hubiera citado tempestivamente para ser atendida por el especialista ante la presencia de un bullo en la mama, su enfermedad hubiera podido ser diagnosticada tempranamente y pudo tener otro tratamiento y evolución, habida cuenta lo importante que en este tipo de patologías es el diagnóstico precoz.

Por lo tanto, la omisión por la Administración de un correcto diagnóstico 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.

No se sabe si de haberse diagnosticado inicialmente la patología que padecía la reclamante hubiera sido merecedora de tratamiento quirúrgico, o se hubiese optado por otro distinto, pero en todo caso se le privó de la oportunidad de un rápido tratamiento que evitara la progresión de la enfermedad, lo que conduce a estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

QUINTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 429/1993, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados, lo que debe hacerse, por expresa indicación del artículo 141.3 LRJAP-PAC, con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo.

En la valoración de los daños lo que hemos de considerar es el concreto alcance del daño, que en el caso sometido al presente dictamen alcanza al

retraso diagnóstico y la pérdida de oportunidad sufrida, pero no al posterior tratamiento de la paciente, ya que después de resultar diagnosticada recibió el tratamiento oportuno.

En estos casos, para la valoración del daño es preciso traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 –recurso 5938/2011– “*la llamada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo*” (en similar sentido las SSTS de 19 de octubre de 2011 –recurso 5893/2006– y 11 de junio de 2012 –recurso 1211/2010–).

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012 (recurso de casación num. 4795/2010), con cita de otras anteriores señala que “*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”.

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.

Se desconoce si de haberse diagnosticado más tempranamente el tumor maligno la enfermedad hubiera estado en un estadio menos avanzado, aunque es probable que así fuera, sobre todo teniendo en cuenta que la mamografía realizada siete meses antes de detectarse el bulto en la mama era normal. Según señala la Inspección Sanitaria en su informe, el tratamiento estándar del cáncer de mama cuando se encuentra en etapas I y II es la mastectomía radical modificada, en tanto que si se diagnostica en la etapa III –etapa en que se encontraba cuando se le diagnosticó a la reclamante– “será sometida, en la mayoría de los casos, en forma preoperatoria a quimioterapia y posteriormente se valorará si se somete a cirugía y/o radioterapia”.

No obstante, no cabe pasar por alto tampoco la actitud de la paciente, que no volvió a consultar por este asunto a su médico de atención primaria hasta el 14 de marzo de 2011, a pesar de persistir el bulto e incluso haber aumentado de tamaño.

Es por ello que tras ponderar las circunstancias del asunto examinado, 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 quanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciarse una pérdida de oportunidad de tratamiento en la asistencia sanitaria prestada a la reclamante, e indemnizarle en la cuantía de quince mil euros.

Madrid, 26 de febrero de 2014

