

Dictamen nº: **356/19**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **26.09.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de septiembre de 2019, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. ...., por los daños y perjuicios causados que atribuye al retraso de diagnóstico de las complicaciones de una mastectomía bilateral con implantación de prótesis realizada en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El expediente remitido trae causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por un abogado en nombre y representación de la persona designada en el encabezamiento, presentada en una oficina de Correos el día 16 de junio de 2016 y registrada de entrada en la Comunidad de Madrid el día 20 de junio siguiente (folios 1 a 32 del expediente administrativo).

Según el escrito de reclamación, la interesada acudió en mayo de 2012 al Hospital Universitario de Fundación Alcorcón por un bulto en el pecho y fue diagnosticada de cáncer de mama bilateral, siendo sometida a una mastectomía bilateral con implantación de prótesis. Tras el alta

hospitalaria la reclamante empezó a sentir mucho dolor en ambos pechos, por lo que tuvo que acudir en repetidas ocasiones al centro hospitalario siendo tratada con medicación. Finalmente sería sometida a una capsulectomía bilateral en marzo de 2013 para extirpar las cápsulas que rodeaban las prótesis y sustituirlas por unas más pequeñas.

El escrito de reclamación continúa detallando que, tras el postoperatorio, la interesada seguía con dolor, si bien en el centro hospitalario no le dieron ninguna solución bajo el argumento de que todo estaba bien. Puesto que el dolor persistía, dificultando el día a día de la interesada, acudió a una clínica de otra comunidad autónoma, donde se apreciaría que a pesar de la mastectomía realizada quedaba aún mucho tejido mamario, por lo que fue preciso que la reclamante se sometiera a una nueva mastectomía más completa y con una nueva reconstrucción, realizada el 19 de junio de 2015.

Por todo lo expuesto considera que existe responsabilidad patrimonial imputable al personal sanitario que atendió a la reclamante en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón y solicita una indemnización de 58.295,12 euros en atención a 24 días de hospitalización; 1255 días no impeditivos; 5 puntos de secuelas funcionales ; 10 puntos de perjuicio estético y un 10% de factor de corrección. A la cantidad mencionada adiciona 20.000 euros en concepto de daños morales.

El escrito acaba solicitando la incorporación de la historia clínica de la interesada y la prueba testifical de cada uno de los médicos implicados en el proceso asistencial de la reclamante. También anuncia la aportación de un informe pericial cuando se pueda examinar la documentación médica.

Junto con el escrito de reclamación se aporta la escritura de poder otorgada por la interesada a favor del firmante del escrito de

reclamación y diversa documentación médica del Hospital Universitario Fundación Alcorcón y de la clínica donde fue tratada en otra comunidad autónoma.

**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 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Fundación Alcorcón el 16 de marzo de 2012 al haberse autopalpado un nódulo en la mama izquierda desde hacía al menos 3 meses que había permanecido estable y sin otra sintomatología asociada. Tras la realización de la exploración y una mamografía preferente se diagnosticó como cáncer ductal infiltrante grado I. Se realizó estudio ecográfico y PAAF, concluyendo en la existencia de un cáncer bilateral por lo que se planteó cirugía.

Con carácter previo a la intervención la reclamante firmó el consentimiento informado para mastectomía radical así como el consentimiento informado para reconstrucción mamaria mediante expansores y/o implantes mamarios. Entre los riesgos de la intervención figura la posibilidad de sufrir contractura capsular, que puede provocar dolor y hacer necesaria una cirugía adicional.

El 17 de mayo de 2012 se realizó mastectomía bilateral ahorradora de piel con BSGC y colocación de prótesis bilaterales en bolsillo retropectoral. Tras el alta la reclamante fue remitida al Servicio de Oncología para su manejo asistencial.

En las revisiones posteriores se observó el estado correcto de las cicatrices que presentaban buen aspecto. Se desestimó la administración de quimioterapia y se pautó Tamoxifeno.

La reclamante acudió al Servicio de Urgencias del citado centro hospitalario el 16 de junio de 2012 por dolor en ambas regiones mamarias y sensación de hinchazón y calor local. A la exploración se observó que las cicatrices presentaban buen aspecto sin signos de infección local, las heridas estaban bien cicatrizadas, con mínima dehiscencia superficial en la izquierda sin secreciones a través de la herida quirúrgica ni colecciones. La analítica arrojó resultados normales. Se descartó infección en la herida quirúrgica, se ajustó analgesia y se recomendó acudir a consulta de Ginecología.

En sucesivas revisiones a lo largo del mes de junio se constató el buen estado general de la reclamante si bien refería dolor “*por su fibromialgia*”. Se anotó el buen resultado estético.

En las revisiones periódicas en el Servicio de Oncología se hizo constar el buen estado general de la interesada, aunque persistía el dolor de características neuropáticas que no conseguía controlar.

En la revisión de 7 de septiembre de 2012 la reclamante se quejó de la persistencia de dolor postquirúrgico de características neuropáticas a pesar de la medicación pautada. En la exploración no se apreciaron signos de infección ni de recidiva. Se ajustó el tratamiento analgésico, se remitió a la interesada al Servicio de Reumatología para valoración y se solicitó analítica con marcadores tumorales con cita en seis meses.

El 5 de octubre de 2012 la interesada acudió de nuevo a revisión. Se anotó que continuaba con dolor generalizado, de predominio en mamas y región axilar con componente neuropático asociado y en región lumbar baja. Tras la exploración y estudios complementarios se constató la inexistencia de signos de recidiva. Se hizo constar que había

sido valorada por Reumatología, que había solicitado RMN de caderas y analítica para diciembre con el fin de descartar otras causas en paciente diagnosticada de fibromialgia en 1994. Se remitió a la reclamante a la Unidad del Dolor y se citó a revisión en un mes.

En la revisión de 22 de noviembre de 2012 la interesada presentaba buen estado general aunque persistía el dolor. Se anotó que se había modificado la analgesia por la Unidad del Dolor y que estaba pendiente de revisión por el Servicio de Reumatología tras la realización de RMN.

En la revisión de 17 de diciembre de 2012 la interesada refirió dolores derivados de las prótesis. Se anotó que no estaban encapsuladas, se pautó ecografía que sería revisada con el cirujano en la siguiente consulta.

El 29 de enero de 2013 la reclamante acudió nuevamente al Servicio de Urgencias refiriendo dolor muy intenso que limitaba su calidad de vida desde la cirugía, y que no cedía con la analgesia habitual por fibromialgia. La ecografía mamaria realizada ese día mostró que ambas prótesis retro pectorales presentaban contorno regular y ecogenicidad homogénea, sin signos de complicación. No se observaban colecciones ni otras alteraciones periprotésicas/subcicatriciales, ni se detectaban nódulos ni áreas de mala transmisión acústica. Se administró Nolotil y se dejó a la interesada en observación apreciándose escasa mejoría con el tratamiento. Dada la estabilidad clínica, la larga evolución de la sintomatología y la ausencia de signos de alarma en la exploración, se decidió alta y adelantar cita en consulta de mama.

El día 1 de febrero de 2013 la reclamante acudió a la consulta de Ginecología por dolor intenso en región de mastectomía que no mejoraba con analgesia pautada en la Unidad del Dolor (seguimiento por fibromialgia). Se revisó la mamografía no identificándose signos de complicaciones de las prótesis mamarias, ni signos de encapsulamiento,

ni infección. Sin embargo se anotó que la paciente no toleraba las prótesis y que deseaba su retirada. Se planteó valoración por el cirujano plástico que se realizó el 14 de febrero de 2013. Se consideró encapsulamiento grado III de ambas prótesis, planteando capsulectomía bilateral y recambio de prótesis por otra de menor tamaño. Se informó de la posibilidad de persistencia del dolor a pesar de la capsulectomía que la reclamante comprendió y aceptó. Firmó el consentimiento informado.

El 27 de marzo de 2013 se realizó la intervención sin incidencias.

En la revisión de 17 de abril de 2013 la interesada presentaba una mejoría importante con menos dolor y cicatrices correctas.

En la anotación correspondiente al día 14 de mayo de 2013 consta que la reclamante había acudido el día 11 de mayo de 2013 sin cita por referir signos de infección local y que presentaba prótesis con buen aspecto, sin signos de infección local. Se citó a la reclamante para cirugía plástica y se explicó que si no toleraba las prótesis habría que hacer explantación de las mismas. La interesada consultó sobre la posibilidad de realizar implante de tejido autólogo (colgajo abdomen) y se explicó que se podría derivar a la paciente a otro centro en ese supuesto.

El 23 de mayo de 2013 consta anotado que se había consultado al cirujano plástico y se solicitó ECO de mama, con carácter preferente. En la prueba no se evidenciaron alteraciones ecográficas en lechos de mastectomía, ni signos valorables de rotura intra o extracapsular de prótesis, ni otras alteraciones que justificasen la mastalgia. Se informó como estudio mamario normal.

La reclamante fue valorada nuevamente el 4 de junio de 2013 y se decidió su canalización a otro servicio de cirugía plástica.

Según la documentación aportada por la interesada el 27 de julio de 2013 fue vista en una clínica de Navarra, donde vivía en ese momento, por sensibilidad y dolor en ambas mamas. Se realizaron estudios radiológicos el 2 de agosto y el 11 de noviembre de 2013 en los que no se apreciaron signos de recidiva ni alteraciones relevantes en las prótesis.

En la revisión de la clínica de Navarra en noviembre de 2013 se planteó realizar una mastectomía más completa con reconstrucción. Se incluyó a la reclamante en lista de espera quirúrgica y se acordó estudio genético, dada la edad temprana de aparición del cáncer y el hecho de ser bilateral. El resultado del estudio fue de ausencia de mutaciones en los genes BRCA1 y BRCA2.

El 29 de abril de 2014 la interesada se sometió a una mastectomía subcutánea bilateral más recambio de prótesis. En junio de 2015 se realizó la reconstrucción del complejo areola-pezón.

En la última revisión que consta en la documentación fechada el 26 de noviembre de 2015 figura que la situación de la reclamante era de estabilidad sin presencia de signos clínicos de contractura capsular ni de remanencia de tejido mamario u otros signos de sospecha de persistencia o recidiva de la enfermedad.

**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 reclamante del Hospital Universitario Fundación Alcorcón (folios 34 a 136 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha incorporado al procedimiento el informe del jefe de la Unidad de Ginecología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, en el que se da cuenta de la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante desde que consultó el 16 de marzo de 2012 hasta el 4 de junio de 2013 cuando se derivó a la reclamante a otro centro al plantearse reconstrucción mamaria con tejido autólogo no disponible en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón. Destaca que la reclamante no volvió a consulta hasta el 30 de enero de 2015 para solicitar un informe.

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 las oportunas consideraciones médicas, concluye que “*el tratamiento médico efectuado a la paciente está conforme a la práctica clínica habitual, correcta en el momento actual*”. Además señala que las complicaciones surgidas están incluidas en el listado de posibles efectos adversos que figuran en el consentimiento informado y que la interesada fue debidamente informada al respecto.

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 y al Hospital Universitario Fundación Alcorcón. No consta que se formularan alegaciones durante el trámite conferido al efecto.

Finalmente, por el viceconsejero de Sanidad -por delegación en la secretaría general del Servicio Madrileño de Salud,- se dictó propuesta de resolución en fecha 27 de junio de 2018, en la que se desestimaba la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado infracción de la *lex artis*.

Remitido el expediente a esta Comisión Jurídica Asesora, el Pleno de este órgano consultivo aprobó el Dictamen 388/18, de 6 de septiembre, en el que se concluyó que procedía la retroacción del procedimiento para que el instructor se pronunciase sobre la prueba testifical solicitada por la interesada y para que emitieran informe todos los servicios implicados en el proceso asistencial de la reclamante, con posterior traslado a la Inspección Sanitaria y nuevo trámite de audiencia a la interesada.

**CUARTO.-** Tras el Dictamen 388/18 de esta Comisión Jurídica Asesora se ha incorporado al procedimiento un nuevo informe del jefe de la Unidad de Ginecología en el que tras realizar un relato de la atención sanitaria dispensada por dicho servicio, realiza una valoración de la asistencia sanitaria, de la que cabe destacar los siguientes aspectos:

- En cuanto al diagnóstico y tratamiento del dolor que presentó la reclamante tras la mastectomía, el informe expone que se hicieron los esfuerzos diagnósticos necesarios aunque no se llegó al conocimiento de su etiología de manera clara, pues parecía en parte ocasionado por la fibromialgia que padecía la paciente aunque el dolor local mamario tenía un componente neuropático que podría interpretarse como secuela quirúrgica. Añade que se realizaron, sin éxito los tratamientos no invasivos indicados y que las repetidas exploraciones mamarias eran normales, no detectándose por exploración ni ecografía, signos de encapsulación de las prótesis, patología que incluye cambio de forma de la mama, rigidez a la exploración y elevación de la mama, no existentes hasta entonces. El informe explica que solo la encapsulación grado IV de Baker, que como se demostró posteriormente no tenía la paciente, se relaciona con dolor, por lo que el informante considera apropiado no haber tomado antes la decisión de explantar las prótesis.

- El jefe de la Unidad de Ginecología expone que el 14 de febrero de 2013 se realizó una nueva consulta con el cirujano plástico en la que sí se detectaron signos de encapsulación bilateral grado 3, por lo que se

propuso explantación y recambio por dos prótesis de menor tamaño, aunque se advirtió que no estaba claro que el dolor cediese al considerar que la encapsulación no era motivo suficiente para justificar el dolor. Añade que la paciente aceptó la propuesta quirúrgica y que la cirugía se realizó el 27 de marzo de 2013 sin incidencias, si bien en mayo de ese año la reclamante volvió a referir no tolerar las prótesis y su deseo de plantearse implante de tejido autólogo. El informe aclara que a pesar de seguir con exploración normal, ante el deseo de la paciente, se canalizó a otro hospital con recursos de cirugía plástica para realizar mastectomía total e implante de tejido autólogo, aunque parece ser que finalmente no se realizó. El informante considera que la atención también en ese momento del proceso asistencial fue exhaustiva y adecuada aunque el origen del dolor seguía siendo incierto y que se indicó la mastectomía completa e implante autólogo ante la (lógica) desesperación de la paciente por su falta de mejoría y su intolerancia física y psíquica a su reconstrucción mamaria.

- Por lo que se refiere a la mastectomía bilateral subcutánea secundaria, con extirpación de cápsulas protésicas y del complejo areola-pezón que se realizó en otro centro hospitalario, el informe explica que la paciente siguió con intolerancia a las prótesis y dolor, por lo que se planteó completar la mastectomía más por el riesgo oncológico (a pesar de tener mutaciones de BRCA-1 y 2 negativas) y sospecha clínica (que no radiológica) de tejido mamario restante. Aclara que una pequeña cantidad de tejido mamario restante es habitual que quede tras mastectomías ahorradoras de piel, aunque en todo caso del diagnóstico anatomopatológico (algo ambiguo), no se desprende que quedase tejido mamario restante pero sí se volvió a encontrar en la cirugía encapsulamiento no sospechado con anterioridad. El informante expone que la existencia de tejido mamario restante no puede haber sido la causa del dolor, aunque considera que la realización de una mastectomía más amplia con extirpación del complejo areola-pezón si puede haber contribuido a mejorar el dolor neuropático postquirúrgico (a pesar del peor resultado estético).

Consta en la documentación remitida que el 20 de febrero de 2019 emitió informe el jefe de la Unidad de Urgencias del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, en el sentido de la falta de intervención de los médicos de Urgencias Generales en el proceso asistencial de la interesada, que, según se informa, fue atendida en Urgencias de Ginecología.

Asimismo la responsable del Gabinete Jurídico del centro hospitalario informó el 22 de febrero de 2019 que el hospital no tiene en sus servicios la especialidad de Cirugía Plástica, siendo el Servicio de Ginecología, cuando se trata de una intervención quirúrgica que requiere de esa especialidad, quien contacta con profesionales de la referida especialidad a través de un contrato mercantil.

Recabado nuevo informe de la Inspección Sanitaria, esta se pronunció el 14 de marzo de 2019, ratificando las conclusiones de su anterior informe en base a la nueva documentación incorporada al procedimiento.

Conferido nuevo trámite de audiencia, la reclamante formuló alegaciones en las que además de ratificar los extremos de su reclamación de responsabilidad patrimonial, insistió en que el instructor no se había pronunciado sobre la práctica de la prueba testifical. Además subrayó que faltaba el informe de los cirujanos plásticos externos al centro hospitalario. La reclamante consideró esencial que se tomase declaración al médico del Servicio de Cirugía Plástica del centro hospitalario de Navarra y aportó documentación médica de la historia clínica de Navarra y un informe pericial (carente de firma) de un médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria, que además de defender el nexo de causalidad entre la mastectomía inicial y el dolor crónico residual de la reclamante, valoró el daño causado a la interesada en 70.716,29 euros.

Finalmente se ha formulado nueva propuesta de resolución en la que, además de rechazarse la práctica de la prueba testifical por innecesaria y carente de relevancia para la decisión sobre el fondo del asunto, se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada a la interesada.

**QUINTO.-** El día 5 de julio de 2019 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 340/19, 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.<sup>a</sup> 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 26 de septiembre de 2019.

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 (LPAC), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La reclamante ostenta 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 interesada actúa debidamente representada por un abogado, habiéndose aportado la documentación acreditativa del poder de representación que ostenta el firmante del escrito de reclamación.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al prestarse el servicio sanitario por el Hospital Universitario Fundación Alcorcón, centro concertado con la Comunidad de Madrid. Así, hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes ( Dictamen 112/16, de

19 de mayo y el Dictamen 209/17, de 25 de mayo, entre otros) que es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder.

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 la reclamante fue diagnosticada de cáncer de mama en mayo de 2012, siendo intervenida quirúrgicamente en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón. Posteriormente padeció una complicación que le llevó a ser sometida a una capsulectomía bilateral en marzo de 2013 con mala evolución. El 29 de abril de 2014 la interesada se sometió a una mastectomía subcutánea bilateral más recambio de prótesis en otro centro hospitalario de otra comunidad autónoma, donde también en junio de 2015 se culminó la cirugía mediante la reconstrucción del complejo areola-pezón, pautándose el alta por el Servicio de Ginecología el 16 de noviembre de 2015, por lo que cabe entender que la reclamación presentada el 16 de junio de 2016 se ha formulado en plazo legal.

En cuanto al procedimiento para la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 10 del RPRP y de acuerdo con el Dictamen 388/18 de esta Comisión Jurídica Asesora, se ha emitido un nuevo informe por el Servicio de Ginecología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón en el que se da una respuesta detallada a las cuestiones planteadas por la interesada en su escrito de reclamación. No ha emitido informe el Servicio de Urgencias del centro hospitalario al no haber tenido

participación en la atención a la reclamante, según ha hecho constar ese servicio en el expediente mediante comunicación remitida al instructor del procedimiento. Tampoco ha informado el cirujano que intervino en el proceso de la interesada, pues se ha hecho constar que se trata de personal externo al centro hospitalario, circunstancia que entendemos no justifica el que no se haya incorporado al procedimiento su conocimiento especializado sobre el caso. Sin embargo no consideramos necesaria la retroacción del procedimiento para recabar dicho informe, teniendo en cuenta que el Servicio de Ginecología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, del que depende el mencionado cirujano, según consta en el procedimiento, y por tanto servicio al que se imputa el daño, ha dado una cumplida explicación a los reproches formulados por la interesada.

También tras el Dictamen 388/18 se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria, que vista la nueva documentación aportada, consistente en el nuevo informe del Servicio de Ginecología se ratifica en sus conclusiones relativas a la inexistencia de mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada a la interesada en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

En materia de prueba, se observa que se ha rechazado la prueba testifical solicitada por la interesada del personal médico implicado en su proceso asistencial al considerarse innecesaria, pues ya consta en el expediente la documentación clínica y los informes emitidos por dicho personal que aportan los datos necesarios para la resolución del asunto, por lo que resulta razonable el rechazo. No obstante debemos recordar, como ya hemos advertido en ocasiones anteriores, que la propuesta de resolución no resulta el momento procedural adecuado para llevar a cabo el pronunciamiento sobre la prueba solicitada sino que debe ser un trámite anterior, tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 80 de la LRJ-PAC.

Además, tras el referido Dictamen 388/18 se ha conferido un nuevo trámite de audiencia a la interesada y se ha formulado la propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación formulada.

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 los artículos 32 y siguientes de 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 LPAC, si bien en este caso habrá que estar a lo dispuesto en la LRJ-PAC dada la fecha de inicio 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 LRJAP y 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 la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, «en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria 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”, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha “lex artis” respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado».*

**CUARTA.-** En el caso que nos ocupa la interesada alega un retraso en el diagnóstico de las complicaciones que surgieron tras la realización a la reclamante en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón de una mastectomía bilateral con implantación de prótesis para el tratamiento de un cáncer de mama y por la que tuvo que ser sometida a una nueva intervención en una clínica de otra comunidad autónoma.

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. También hemos dicho con frecuencia que esta obligación de medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta el paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología. En este sentido,

con cita de la jurisprudencia, hemos recordado que lo que procede es un empleo de medios ordinarios y diligencia para cerciorarse de los diagnósticos que se sospechen, sin que se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior de los acontecimientos.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar los reproches de la reclamante, partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de noviembre de 2018 (recurso 309/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, como añade la citada sentencia, “*las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica*”.

En este caso la reclamante ha aportado al procedimiento un informe al que no cabe atribuir ningún valor como prueba pericial por carecer de la firma de quien lo emite (así nuestro Dictamen 533/18, de 22 de diciembre, entre otros). En cualquier caso dicho informe no ha sido elaborado por un especialista en la materia, a quién el Tribunal Supremo otorga mayor relevancia cualitativa que “*al que es firmado por quien no tiene la cualificación profesional requerida, o el informe es emitido a instancia de parte*” (así Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013 (recurso 779/2012)). Además el referido informe establece una relación entre la presencia del tejido mamario residual y el encapsulamiento periprótesis que no resulta fundamentado en explicación científica alguna y que resulta desmentido por los especialistas que han informado en el procedimiento, como a continuación analizaremos.

Partiendo de las anteriores premisas cabe considerar que la reclamante no ha aportado prueba que acredite la infracción de la *lex artis* denunciada. Por el contrario los informes médicos que obran en el expediente, contrastados con la historia clínica examinada, ponen de relieve que la actuación del Hospital Universitario Fundación Alcorcón fue conforme a la *lex artis* y que no existió el retraso diagnóstico reprochado. En este sentido resulta relevante lo informado por la Inspección Sanitaria, dada la importancia que en línea con la jurisprudencia solemos otorgar a su informe, ya que su fuerza de convicción deviene de su profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes (así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2018 (recurso 768/2016)). Pues bien, en este caso, el citado informe concluye que la asistencia dispensada a la interesada fue “*conforme a la práctica clínica habitual, correcta en el momento actual*”.

De la historia clínica examinada resulta que la reclamante fue diagnosticada de un cáncer de mama bilateral, por lo que en mayo de 2012 se efectuó una mastectomía ahoradora de piel bilateral, con biopsia de ganglios centinelas e implantación de prótesis bilateral. No existe ninguna prueba en el expediente de que dicha cirugía no se realizara conforme a la *lex artis ad hoc*, pues el hecho de que pudiera dejarse un tejido mamario residual, según han informado los médicos especialistas, es habitual en mastectomías ahorradoras de piel y no provoca el dolor que le atribuye la interesada ni es el causante del encapsulamiento periprótesis que aduce. Precisamente en cuanto a esto último, el informe de la Inspección Sanitaria, después de no realizar ningún reproche a la cirugía realizada, sostiene que la contractura capsular es una de las complicaciones más temidas por los cirujanos plásticos con una prevalencia de un 4-15% y de etiología desconocida y subraya que la persistencia del tejido mamario en ningún caso puede considerarse el causante de la contractura capsular, la cual es una complicación posible de la cirugía, aunque esta sea irreprochable desde

la perspectiva de la *lex artis*, y así constaba en el documento de consentimiento informado firmado por la interesada.

Figura en la historia clínica que la interesada presentó una clínica dolorosa en las mamas tras la cirugía, pero del examen del evolutivo y seguimiento de la reclamante llevado a cabo conjuntamente por el ginecólogo y el cirujano plástico del Hospital Universitario Fundación Alcorcón no se desprende la omisión de medios que denuncia la interesada, por el contrario, en palabras de la Inspección Sanitaria, se hizo “*un minucioso seguimiento*” para tratar de filiar el dolor, con la realización de pruebas diagnósticas e intervención de otros servicios médicos (Reumatología, Unidad del Dolor...). El informe del Servicio de Ginecología da cuenta de la complejidad del caso, en el que la paciente además estaba afectada por una fibromialgia que complicaba el diagnóstico y además con unos resultados normales tanto por exploración como por ecografía, sin signos de encapsulamiento que pudieran justificar la clínica. Finalmente en febrero de 2013 se apreció un encapsulamiento de la prótesis y se realizó la explantación y recambio por dos prótesis de menor tamaño, aunque la cirugía no resultó efectiva por persistencia del dolor, circunstancia que se había advertido a la interesada con carácter previo a la intervención al considerarse que el encapsulamiento no justificaba el dolor que padecía. Tras esta última cirugía la paciente continúa sometida a seguimiento continuo por el centro hospitalario, con resultados normales pero con persistencia del dolor por lo que fue canalizada a otro centro hospitalario de la red asistencial madrileña, puesto que el Hospital Universitario Fundación Alcorcón no contaba con ese recurso, para una mastectomía completa e implante autólogo cumpliendo los deseos de la paciente. No hay constancia de que la reclamante acudiera a recibir esa asistencia.

Respecto a la atención en una clínica de Navarra, no hay en la historia clínica ningún dato revelador del retraso diagnóstico alegado,

pues cuando la paciente acudió a dicho centro hospitalario no se alcanzó un diagnóstico distinto al que se había realizado en el hospital madrileño. Así la historia clínica muestra que las pruebas realizadas arrojaron resultados normales, no había signos de rotura intra o extra capsular ni contractura. Tampoco se confirmó radiológicamente la presencia de tejido mamario restante sino que fue una sospecha clínica, tal y como se constata en la documentación aportada por la interesada de la referida clínica navarra. De la historia clínica y los informes médicos que obran en el expediente se constata que la cirugía realizada en dicha clínica vino motivada por la angustia de la reclamante ante una posible recidiva de la enfermedad tras el estudio genético (aunque fue negativo), como subraya la Inspección Sanitaria. Precisamente fue durante la cirugía cuando se apreció un nuevo encapsulamiento capsular que no había sido detectado en las pruebas previas realizadas en la clínica y que por tanto no fue el motivo de esa cirugía. En todos los informes, incluidos los de la clínica de Navarra se destaca que la aparición de una nueva contractura capsular es frecuente cuando se cuenta con el precedente de una contractura capsular previa y ello no implica la existencia de mala praxis.

De lo expuesto hasta ahora cabe concluir, siguiendo el criterio de la Inspección Sanitaria que la actuación del Hospital Universitario Fundación Alcorcón fue la adecuada en función de las circunstancias y sintomatología de la reclamante. Por tanto, no cabe imputar ningún retraso de diagnóstico al Servicio de Ginecología de dicho centro hospitalario, quien conforme a lo indicado por la Inspección Sanitaria dispensó a la interesada una asistencia correcta, conforme a la práctica clínica habitual.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación formulada al no haberse acreditado el retraso diagnóstico ni la mala praxis reprochada al Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

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 26 de septiembre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 356/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid