

Dictamen nº: **184/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **02.06.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 2 de junio de 2020, 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 relación con la reclamación formulada por D. (en adelante “*el reclamante*”), por los daños y perjuicios que atribuye a la deficiente asistencia sanitaria prestada a su hermana en el Centro de Salud Lucero, de Madrid en relación con la detección de un cáncer de mama.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de enero de 2018, la persona citada en el encabezamiento presenta un escrito de reclamación por responsabilidad patrimonial como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria prestada a su hermana en el Centro de Salud Lucero, de Madrid.

Refiere que, en febrero de 2015, su hermana se realizó una mamografía a través del Programa de detección precoz del cáncer de mama de la Comunidad de Madrid, que le informaron como normal fijando la siguiente revisión en febrero de 2017.

Explica que a principios de marzo de 2016 acudió a la consulta de Atención Primaria porque notaba un bulto en la mama izquierda que había aumentado de tamaño y le molestaba, solicitando derivación al especialista, pero señala que su médico de Atención Primaria, a la que identifica con nombre y apellidos, sin efectuar ninguna exploración, le indicó que no procedía la derivación.

Continúa indicando que, en abril de 2016, ante el crecimiento del tamaño del bulto y del dolor, volvió a la consulta del mismo médico para que la derivase al especialista, pero de nuevo, sin explorarla le indicó que debía atenerse al protocolo y que debe esperar a febrero de 2017 para ser vista en Ginecología.

Señala que, en julio de 2016, como los síntomas no remitían, su hermana acudió de nuevo a la consulta de Atención Primaria solicitando derivación. Señala que su médico insistió sin explorarla en que no había motivo de alarma y no procedió a la misma.

Indica que, en agosto de 2016, además del bulto la paciente nota que le ha salido una mancha, por lo que acude de nuevo al Centro de Salud Lucero donde le atiende una doctora sustituta, que tampoco la explora, pero que la deriva a Dermatología y a Consulta de Mamas, aunque sin carácter preferente.

El 2 de noviembre de 2016 acude a realizarse una mamografía, donde le confirman que presenta un tumor de unos 8 cm, en mama izquierda, con el diagnóstico de cáncer ductal infiltrante en estadio IV y es derivada a su hospital de referencia (Clínico de San Carlos).

Precisa que la queja que presenta es por si, en el periodo de febrero de 2015 a noviembre de 2016, pudiera haberse derivado una mala praxis de la doctora del Centro de Salud Lucero que atendió a su hermana.

Añade que, en el momento de presentar la reclamación, la paciente se encuentra ingresada con metástasis avanzada en el Centro de Cuidados Laguna.

No cuantifica el importe de su reclamación.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del presente dictamen:

En el periodo comprendido entre el 1 de febrero del año 2015 y el 30 de noviembre de 2016 la hermana del reclamante acude al Centro de Salud Lucero de Madrid en las siguientes fechas, figurando las siguientes anotaciones o datos:

- El 16 de febrero de 2015: *“protocolo-adulto- prevención y promoción de la salud”*.

- El 25 de marzo de 2015, osteoporosis primaria en mujeres.

- El 6 de mayo de 2015: *“erosión de la mucosa del paladar”*.

- El 21 de enero de 2016: resultados de analítica. Prescripción de nitrofurantoína 50 mg.

- El 8 de febrero de 2016: *“información mujer citologías- Hospital Clínico. Petición de estudio Anatomopatológico (citología/cirugía)”*.

- El 1 de abril de 2016: *“justificante de asistencia sanitaria. Adulto- prevención y promoción de la salud”*.

- El 4 de abril de 2016: analítica con resultados. Prescripción de nitrofurantoína 50 mg. *“Acude a por resultados de analítica (...) Doy recomendaciones y control en 6 meses”*.

- El 21 de septiembre de 2016: *“Consulta primera”*.

- El 27 de septiembre de 2016: *“Consulta primera”*.

- El 5 de octubre de 2016: *“Consulta primera”*.

- El 16 de diciembre de 2016: *“Me refiere que le han detectado un cáncer de mama (ca. Ductal infiltrante) y quiere que le vean en Ginecología en Hospital La Paz)”*.

De dichas fechas, la doctora respecto de la que se efectúa el reproche figura como profesional que prestó asistencia sanitaria a la hermana del reclamante los días 16 de febrero y 25 de marzo de 2015 y 4 de abril y 16 de diciembre de 2016.

La paciente acude el día 21 de diciembre de 2016 a la Consulta de Oncología del Hospital Universitario La Paz donde inicia tratamiento después de haber sido diagnosticada de un carcinoma ductal infiltrante T4N2M1 en el Hospital Clínico de San Carlos.

El Servicio de Oncología del Hospital Universitario La Paz al referirse al historial oncológico en sus informes, refleja que *“a lo largo de 2016 ha consultado en Atención Primaria por aumento de tamaño progresivo en mama izquierda sobre cicatriz de quemadura. Finalmente es remitida a UOM para estudio”*.

En uno de los ingresos hospitalarios, la paciente fue atendida por psicología y en la hoja de evolución aparece el siguiente comentario: *«durante la noche angustiada y con labilidad emocional por distintos motivos (su MAP, no posibilita la vía...) ...insistimos en no seguir dando vueltas a este tema ya que “retroalimenta” la obsesión»*. (página 122 del expediente).

En el resumen de la historia clínica del Centro de Salud Lucero figura la siguiente anotación del día 16 de noviembre de 2017: *“Hoy acude madre y hermano a por partes de conformidad. Me comentan que ya se han enterado de la enfermedad de ella. Hasta la fecha (...) había preferido que no supiesen nada. No esperan a ser atendidos en consulta, entrego los partes. Su madre expresa deseo de cambiarse de médico”*.

El resto de la historia es la atención médica que recibió una vez conocido el diagnóstico y carece relevancia a efectos de resolver la presente reclamación.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación, se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Por oficio notificado el día 21 de junio de 2018 se requiere al reclamante para que acredite ostentar la representación de su hermana e indique el importe de la indemnización solicitada.

Por medio de escrito de fecha 26 de junio de 2018, en cumplimiento del requerimiento efectuado, el reclamante comunica el fallecimiento de su hermana acaecido el día 2 de febrero de 2018 y adjunta certificado de defunción, certificado de últimas voluntades, copia del testamento y del libro de familia. Señala que *“la cuantía de la indemnización a la que pudiera dar lugar se establecerá de acuerdo a los criterios legalmente establecidos”*.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC se recaba el informe de la médica de atención Primaria del Centro de Salud Lucero cuya asistencia cuestiona el reclamante, que es remitido por el director del citado centro y que explica la asistencia prestada en los siguientes términos:

“(...) acude un día a mi consulta preguntándome por el resultado de una mamografía que se había hecho a través del Programa de detección precoz del cáncer de mama, el día 16 de febrero de 2015. No puedo precisar que día fue, porque no registré nada en la historia clínica. Como no vi el resultado, quedamos en que regresaría pasado un tiempo para ver si habían colgado el informe en el programa.

La segunda vez que acude, para ver el resultado de esa mamografía, sigue sin aparecer. Le aconsejé que acudiera al sitio donde se realizó la mamografía para solicitar allí el informe radiológico.

Pasado un tiempo, acude a mi consulta con el informe de esa mamografía: Bi-Rads 1. Registro esa mamografía con la fecha de su realización (febrero de 2015), No recuerdo qué día hice ese registro. Sí que recuerdo que seguía sin aparecer colgado el informe.

En marzo y abril de 2016 acude a mi consulta en varias ocasiones, para la realización de una analítica y citología vaginal y para recoger los resultados de ambas. (...), en ninguna de estas ocasiones consulta por haberse notado un bulto en la mama o por dolor o molestias en la misma.

En julio de 2016 acude de nuevo a la consulta. Me pidió la realización de una mamografía o derivación a Ginecología. Le informé que desde atención Primaria no podíamos pedir mamografías y que se derivaba al Ginecólogo/ Unidad de Mama cuando había una patología para estudio. En esta ocasión tampoco me dijo que se hubiera notado un bulto, o que tuviera dolor o molestias. Por este motivo no realicé una exploración mamaria y no la derivé a la consulta de Patología Mamaria. En su caso, con una mamografía con Bi-Rads 1 y sin síntomas le dije que seguiríamos el protocolo de la Comunidad de Madrid para la detección precoz del cáncer de mama, en que la periodicidad de las mamografías de screening es cada dos años, si no hay hallazgos patológicos o si no hay síntomas. Como seguía sin estar colgado el informe de la mamografía, realizada en febrero de 2015, solicité revisar su situación en el programa (lo anoto en un Flas) llamé al teléfono del

programa por si había algún error, y que la incluyeran para las siguientes mamografías. Esto es lo que acordé con la paciente.

Estoy tremendamente disgustada por la evolución y el desenlace final. No se me quita de la cabeza que se podría haber adelantado el diagnóstico y el inicio del tratamiento si hubiera referido el más mínimo síntoma.

(...)”.

Mediante escrito de fecha 18 de julio de 2018 el reclamante en su condición de familiar directo de la paciente solicita la continuación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Finalmente, el informe de la Inspección Sanitaria, tras analizar la historia clínica y la documentación obrante en el expediente, señala que no se puede concluir si la actuación ha sido correcta o no, ya que, por una parte, la paciente ha fallecido y por otra, la historia clínica de Atención Primaria no refleja ningún episodio en ese sentido.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, evacuado el oportuno trámite de audiencia, consta la formulación de alegaciones por parte del reclamante.

En el escrito presentado a tal efecto efectúa diferentes críticas al informe de Inspección, comenzando por precisar que el informe no consigna todas las fechas en las que su hermana acudió al Centro de Salud Lucero.

Confirma que, tal y como señala la inspectora, el interesado no acudió a las citas referidas porque su hermana asistía acompañada de su cónyuge, fallecido el 10 de octubre de 2018 y niega rotundamente que se enterara de la enfermedad de su hermana el 16 de noviembre de 2017, precisando que lo sabía desde septiembre de 2016.

Refiere que no es lógico pensar que su hermana inventase las referidas consultas con su médico de Atención Primaria y destaca el hecho de que esta reconozca que no puede precisar que día tuvo lugar una de esas asistencias *“porque no registró nada en la historia clínica”* lo que le hace dudar acerca de si durante las visitas de su hermana en el año 2016, se comportó del mismo modo.

Se refiere expresamente al hecho de que en el apartado de historia oncológica tanto del Hospital Clínico San Carlos como del Hospital Universitario La Paz figure que a lo largo de 2016 consultó a su MAP por nódulo de aumento de tamaño progresivo en mama izquierda, y considera que el hecho de que su hermana solicitara el cambio de médico en el Centro de Salud y que también lo solicitaran su madre y su tía, constituye una prueba más de la desconfianza hacia la citada doctora.

Del mismo modo, alude a la anotación del Servicio de Psicología del Hospital Universitario de La Paz según el cual *“durante la noche, angustiada y con labilidad emocional por distintos motivos (su MAP no posibilita la vía...) insistimos en no seguir dando vueltas a este tema ya que retroalimenta la obsesión”*, señalando que su hermana se lamentó hasta el último día de haber confiado en su médico de Atención Primaria.

Finaliza aclarando que el motivo del expediente no es buscar una compensación económica sino averiguar si la praxis de la médica de Atención Primaria fue adecuada o no mereciendo que se lleve a cabo un repaso de las actuaciones y protocolos verificados.

Finalmente, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria ha formulado propuesta de resolución de 26 de noviembre de 2019 en el sentido de desestimar la reclamación por no concurrir los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 13 de febrero de 2020 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 2 de junio de 2020

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

El presente dictamen se emite en plazo teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 derogada con efectos 1 de junio de 2020 por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma

declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

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 la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Sin perjuicio de la presentación de la reclamación con carácter previo al fallecimiento de su hermana, es a partir de este hecho cuando el reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) por el indiscutible daño moral que provoca el fallecimiento de un familiar. Se ha acreditado la relación de parentesco que ligaba al interesado con la fallecida mediante copia del libro de familia.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó en un centro de salud público de su red asistencial.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

En el caso sometido a dictamen, el diagnóstico del cáncer de mama que padecía la hermana del reclamante se produjo en noviembre de 2016 y su fallecimiento, el día 2 de febrero de 2018. Por ello, la presentación de la reclamación el día 18 de enero de 2018 puede considerarse efectuada dentro del plazo legalmente establecido.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se han solicitado los informes preceptivos previstos en el artículo 81 LPAC.

También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria, y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes se ha dado audiencia al reclamante que presentó escrito de alegaciones. Finalmente se ha formulado la oportuna propuesta de resolución.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en la actualidad tanto en la LPAC como en la LRJSP, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el artículo 32 de la LRJSP, es necesario que concurra:

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 cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño (así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)).

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso

de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) que *«no resulta suficiente la existencia de una lesión que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable, sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, por lo que “si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido” ya que “la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”»*.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 19 de mayo de 2015 [recurso de casación 4397/2010)] y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- Sentado lo anterior, procede analizar el reproche del reclamante, partiendo de que como hemos señalado, 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 el presente supuesto, admitiendo la efectividad del daño, el interesado no aporta ninguna prueba que avale la posible infracción de la *lex artis* por parte del médico de Atención Primaria que atendió a su hermana consistente en obviar los síntomas que esta manifestaba padecer.

Por su parte, el informe del médico de Atención Primaria cuya asistencia se reprocha señala que la paciente no le refirió en ningún momento la existencia de un bulto o molestias en la mama y que, aunque le solicitó la derivación a un especialista, con el resultado de las pruebas efectuadas en el centro de detección precoz del cáncer de mama, de acuerdo con el protocolo, no procedía tal derivación.

El informe de la Inspección considera que no se puede concluir si la actuación ha sido correcta o no, ya que, por una parte, la paciente ha fallecido y por otra, la historia clínica de Atención Primaria no refleja ningún episodio en ese sentido.

Frente a tales consideraciones, procede recordar los deberes que la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica –en adelante, Ley 41/2002– impone a los profesionales en relación con la historia clínica de los pacientes. Así, en primer término, el artículo 2 de la citada Ley, bajo la rúbrica “*Principios básicos*” establece en su apartado 6 que “*Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica (...)*”.

Desde el punto de vista del paciente el artículo 15. 1 de la Ley 41/2002 precisa que *“Todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada”*.

Finalmente, el artículo 17.3 de la Ley 41/2002 señala que *“Los profesionales sanitarios tienen el deber de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada y secuencial del proceso asistencial de los pacientes”*.

Sin embargo, una vez analizado el informe del médico de Atención Primaria, se constata que en el mismo expone que en una primera ocasión la paciente acudió a su consulta para conocer el resultado de las pruebas que dentro del Programa de detección precoz de cáncer de mama le habían sido realizadas, pero a continuación reconoce expresamente que *“no puedo precisar qué día fue porque no registré nada en la historia clínica”*.

Señala que la paciente acudió una segunda vez para solicitar de nuevo el informe que seguía sin aparecer y le aconsejó que acudiera al sitio donde se realizó la mamografía para solicitar allí el informe radiológico, pero no precisa la fecha de la consulta y en el resumen de la historia clínica no figura ninguna anotación sobre este aspecto. Consta una visita el día 16 de febrero de 2015 y otra el día 4 de abril de 2016, ambas con la anotación genérica de *“prevención y promoción de la salud”* y la segunda de ellas con el resultado de una analítica. Si consta en la historia clínica del Centro de Salud que la paciente acudió el 8 de febrero de 2016, con la anotación *“Información mujer-citologías – Hospital Clínico”* pero dicha anotación la verificó un médico del Centro de Salud distinto de aquel contra el que se dirige el reproche.

Inmediatamente después la médica refiere que “*pasado un tiempo*” acudió a su consulta con el informe, pero añade que no recuerda que día hizo ese registro.

Indica también que en julio de 2016 la paciente acudió a su consulta y solicitó ser derivada a Ginecología o la realización de una mamografía contestándole que desde Atención Primaria no se podían solicitar mamografías y que la derivación a Ginecología se verificaba en casos de patologías o para estudio.

Sin embargo, en el resumen de la historia clínica del Centro de Salud Lucero obrante en el expediente no aparece registrada consulta alguna verificada en esa fecha.

De acuerdo con lo expuesto, puede afirmarse que el médico de Atención Primaria incumplió los deberes legalmente exigidos en relación con la historia clínica de la paciente, hermana del reclamante y, por ende, impide con dicha actuación acreditar si existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido.

Por otro lado, el hecho de que la hermana del interesado en julio de 2016 solicitara la realización de una mamografía o la derivación a Ginecología –como reconoce expresamente la médica de Atención Primaria- hace pensar que tenía algún motivo para ello, a lo que ha de añadirse el hecho de que en la historia oncológica del Hospital Clínico San Carlos y el Hospital Universitario La Paz conste, porque la paciente así lo manifestara, que a lo largo de 2016 consultó a su MAP por nódulo de aumento de tamaño progresivo en mama izquierda,

Del mismo modo, resulta indicativa la anotación del Servicio de Psicología del Hospital Universitario de La Paz según el cual «*durante la noche, angustiada y con labilidad emocional por distintos motivos (su*

MAP no posibilita la vía...) insistimos en no seguir dando vueltas a este tema ya que “retroalimenta” la obsesión».

Así las cosas, sin perjuicio del régimen sancionador previsto en la Disposición adicional sexta de la Ley 41/2002 para las infracciones de lo dispuesto en la misma, resulta de aplicación en este caso la jurisprudencia, según la cual, *“probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”*. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 24 de enero de 2019 (recurso 613/2015), que se hace eco de otras sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido. Podemos reproducir por su claridad la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6ª) de 27 de junio de 2008, que se pronuncia en los siguientes términos: *“(...) Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que, en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido”*.

A juicio de esta Comisión Jurídica Asesora, una vez acreditada la inobservancia del deber de cumplimentar la historia clínica por parte de la médico, teniendo en cuenta los datos obrantes en el expediente, puede considerarse que la actuación del citado facultativo supuso una pérdida de oportunidad para la paciente, pues no resulta difícil entender que en un cuadro como el que presentaba, la premura en el diagnóstico del cáncer de mama que padecía aunque no hubiese influido en el fatal desenlace, era lo adecuado.

Como recuerda la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012, con cita de otras anteriores de 25 de junio de 2010 o de 23 septiembre de 2010:

“Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad”... se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias”.

En cuanto a los presupuestos para la aplicación de esta doctrina, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la sentencias de 13 de julio de 2005 y 12 de julio de 2007, expresa que *“para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios”.*

En este caso y en los términos expuestos, la asistencia dispensada por el médico de Atención Primaria pudo perjudicar a la paciente en cuanto a sus expectativas de curación, por más que se desconozca cuáles hubieran sido éstas en el caso de haberse recibido

una asistencia con los medios adecuados. Por ello, existió una infracción de la *lex artis* que no debió soportar el paciente, con independencia de que no se haya podido acreditar que, con los medios idóneos, el resultado hubiera sido sustancialmente diferente.

SEXTA.- Sentado lo anterior, procede pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

El reclamante no cuantifica el importe de la indemnización en ningún caso, llegando a afirmar que su objetivo es que se revisen las actuaciones y se compruebe el cumplimiento de los protocolos existentes.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recuerda que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida, en este caso en tiempo, pudiera haber evitado o minorado el daño. Hay que valorar dos elementos de difícil concreción como son el grado de probabilidad de que se hubiera producido el efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de este mismo [sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3º, de 19 de octubre de 2011 (recurso de casación nº 5893/2006) y de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación nº 2755/2010), y sentencia, Sala 4ª, de 3 de diciembre de 2012

dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 815/2012].

Es importante señalar, que normalmente la pérdida de oportunidad resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo, por lo que hay que acudir a las circunstancias concretas del caso y su valoración.

En este caso, tras ponderar el parentesco del reclamante con la paciente, así como las circunstancias del asunto examinado, y considerando la desazón del reclamante propio de acontecimientos de este tipo esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado reconocer una cantidad de 8.000 euros.

Consideramos más acertado reconocer una cantidad global y no aplicar el baremo establecido para los accidentes de tráfico, pues entendemos que los conceptos que se recogen en el baremo no encuentran encaje para indemnizar el caso que nos ocupa. En este punto cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 306/2013) en la que en un caso de pérdida de oportunidad rechaza la aplicación del baremo respecto al que destaca *“que según la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera...no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las circunstancias concurrentes”*. La Sentencia opta por la valoración global del daño, acogiendo doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de julio de 2014, Sec. 4ª, recurso 3724/2012) en la que se dice que la Jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global

que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una *"apreciación racional aunque no matemática"* pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se *"carece de parámetros o módulos objetivos"*, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, *"las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas" en una suma dineraria*.

También el Consejo Consultivo optó por el reconocimiento de una indemnización por una cantidad global en los casos de pérdida de oportunidad en sus dictámenes 91/14 y 187/15, entre otros, y esta Comisión Jurídica Asesora lo ha hecho en sus dictámenes 400/16, de 15 de septiembre, 508/16, de 10 de noviembre, 133/17 de 30 de marzo y 146/17, de 6 de abril, entre otros.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciarse una pérdida de oportunidad en la asistencia sanitaria prestada a la paciente, y reconocer una indemnización de 8.000 euros al reclamante.

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 2 de junio de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 184/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid