

Dictamen nº: **256/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.06.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 30 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 Dña., (en adelante “*la reclamante*”) por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un supuesto retraso diagnóstico de un cáncer de mama en el Hospital Universitario de Móstoles (HUM).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La reclamante, representada por dos abogados colegiados, presentó el 26 de abril de 2018 en el registro telemático de la Comunidad de Madrid un escrito en el que formula una reclamación por la atención sanitaria prestada en el HUM.

En el mismo se expone que la reclamante había sido diagnosticada en 2014 de mastopatía fibroquística difusa (MFD), patología que genera unas mamas más densas que dificultan la exploración clínica y radiológica por lo que es fundamental atender a la clínica.

La citada patología le generaba unos bultos que la obligaban a autoexploraciones diarias y que, generalmente, desaparecían en un mes con un máximo de dos ciclos.

En el año 2015 comenzó a sufrir mastalgia y telorrea por lo que a finales de ese año acudió a su médico de Atención Primaria para ser derivada al Centro de Especialidades Coronel de Palma donde un ginecólogo, al apreciar ligera asimetría micronodular en cuadrante superior externo (CSE) de mama derecha y la mastalgia con telorrea uniporo no evidenciada clínicamente, solicitó pruebas radiológicas al HUM.

Apunta la reclamación que, a lo largo de los años 2016 y 2017, continuó con dolor y telorrea la cual no estaba relacionada con un momento del ciclo, tal y como advirtió a los distintos facultativos.

En febrero de 2016 fue atendida por el Servicio de Ginecología del HUM donde se solicitó una mamografía y una ecografía mamaria que fueron informadas el 26 de febrero de 2016 como: *“Mamografía: Tejido fibrograndular de aspecto seudonodular, tosco, de distribución y densidad bastante simétricas. No se evidencia claro nódulo dominante”. Ecografía: múltiples quistes simples bilaterales”*.

Según la reclamación las pacientes con MFD tienen mayor riesgo de sufrir cáncer como recogió la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de diciembre de 2007 que fija un riesgo cuatro veces mayor.

Dado ese riesgo, se debió tener en cuenta lo recogido en el documento que recoge los resultados de las pruebas en cuanto a que la fisionomía de las mamas de la paciente disminuía la sensibilidad radiológica.

Aunque el informe considerase que no había un claro nódulo dominante “(...) *no podía descartar en ese momento que existían sospechas lo suficientemente fundadas de patología maligna (edad, densidad de la mama, nódulo doloroso, telorrea, asimetría, deformidad) por lo que hubiese sido conveniente la realización de una resonancia magnética y mamografía Tomosíntesis*”.

En marzo de 2016 la reclamante acudió al Centro de Especialidades donde una ginecóloga le indicó que todo era normal. En diciembre de ese año la reclamante se notó un bulto en la mama derecha (que padecía telorrea).

En marzo de 2017 acudió a la revisión programada informando al ginecólogo que continuaba la telorrea y había aparecido un bulto “*nuevo*” palpable, que no era normal e indicando al facultativo que la areola del pecho derecho era el doble que la del izquierdo, respondiendo el facultativo que la única razón que explicaba esa diferencia era la asimetría propia de sus mamas.

Preguntada por sus antecedentes familiares indico que no había casos en la familia materna pero que lo ignoraba en la paterna al desconocer la identidad de su padre biológico, entendiendo la reclamación que el facultativo desconoció el riesgo de que pudieran existir tales antecedentes.

Afirma que no fue explorada por el ginecólogo sino por un estudiante o un MIR y de forma muy somera, afirmando el adjunto que los bultos eran propios de la mastopatía fibroquística y que el estado de la mama derecha era normal. Considera que ello iba en contra de los otros signos que padecía y que debería haber alterado las revisiones ordinarias ordenando pruebas adicionales. Considera esa actuación una infracción palmaria de la *lex artis* basándose en un libro sobre patología legal de la mama que no acompaña.

Destaca, además, que el padre de la paciente había fallecido por cáncer de estómago y que en la hoja de la historia clínica relativa a esa consulta se recogen procesos posteriores a su fecha.

Considera, en suma, que la actuación del facultativo vulneró la *lex artis* con insuficiencia de medios y ocasionando un retraso en el tratamiento.

En mayo de 2017 la reclamante comenzó a tener “*estados de ansiedad por el estado de sus senos*” que se relacionaron erróneamente con su trabajo, de tal forma que “*tras acudir a consulta con su médico de atención primaria y una vez comprobado que el bulto de la paciente era palpable, la especialista solicitó pruebas diagnósticas para descartar la malignidad del bulto de sus senos*”.

En julio de 2017 realizaron a la paciente una ecografía, mamografía y resonancia cuyos resultados eran compatible neoplasia maligna de la mama derecha multifocal. En concreto la ecografía objetivó “*nódulo hipoecoico de bordes irregulares en ice de mama derecha BIRADS-4C, no claramente identificado en mamografía*”.

Fue citada para una resonancia y una biopsia con aguja gruesa (BAG) que aconsejaron una tumorectomía. Asimismo, recibió atención psiquiátrica y psicológica.

La tumorectomía se realizó el 4 de agosto de 2017 y el estudio de Anatomía Patológica mostró: “*Carcinoma ductal infiltrante multifocal (2 nódulos de 1,9 y 0,9 cm de diámetro, separados por 5 mm), grado 2, que contacta con el margen anterior (no ampliable por estar en contacto con la piel). no invasión linfovascular ni perineural*”.

Afirma que el tumor es del tipo luminal A de tal forma que tiene poco riesgo de proliferación y crecimiento lento lo que explica “*que*

pese a haber avanzado el estadio del mismo el diagnóstico no se llegado en su grado más avanzado” (sic).

Añade que en la intervención “*pudieron*” haberle tocado el nervio lo cual unido a la no prescripción facultativa de ejercicios para recuperar la funcionalidad del brazo derecho de la paciente tras estar tanto tiempo inutilizado por la intervención, han ocasionado una reducción parcial de la funcionalidad de su brazo derecho, por la que tendrá que someterse a diferentes sesiones de rehabilitación.

Ha estado recibiendo radioterapia y tratamiento hormonal y a la fecha de la reclamación le están haciendo pruebas para descartar algún problema pulmonar. Se encuentra a la espera de iniciar tratamiento de rehabilitación del brazo derecho para recuperar la funcionalidad que le incapacita para ejercer su profesión de maquilladora.

Considera que concurre la responsabilidad patrimonial de la Administración citando diversas normas de derecho público, privado y “*normas deontológicas*” así como distintas sentencias de los tribunales.

Respecto al daño considera que se la ha causado un daño moral que valora en 60.000 euros, cantidad que es objeto de reclamación.

Aporta poder general para pleitos y diversa documentación médica.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo al que se han incorporado las historias clínicas de Atención Primaria, del Centro de Especialidades Coronel de Palma y del HUM ha puesto de manifiesto los siguientes hechos.

La reclamante, nacida en 1981, fue diagnosticada en 2014 de una MFD en ambas mamas.

Con fecha 28 de octubre 2015 consta en la historia clínica de Atención Primaria el informe de una ecografía del 5 de noviembre de 2014. La ecografía se consideró normal, sin hallazgos ecográficos significativos, no observándose en ese momento nódulos solidos ni quísticos (folios 55, 76).

Según recoge la reclamación, en octubre del año 2015, comenzó a tener mastalgia y telorrea en mama derecha por lo que acudió a Atención Primaria solicitando derivación al Servicio de Ginecología, siendo atendida el 9 de noviembre del 2015 apreciándose ligera asimetría micronodular en cuadrante superior externo de mama derecha, asociada a la mastalgia sin confirmarse en la exploración la telorrea uniporo que la paciente afirmaba padecer por lo que se solicitaron pruebas radiológicas al HUM.

El 26 de febrero del 2016 acude a Radiología del HUM y el informe de dichas pruebas recoge (folios 77-78):

- Mamografía: Mamas heterogéneamente densas lo que disminuye la sensibilidad radiológica para la detección de patología mamaria. Tejido fibroglandular de aspecto seudonodular, tosco, de distribución y densidad bastante simétricas. No se evidencia claro nódulo dominante. No se evidencian microcalcificaciones focales sospechosas de malignidad. No distorsión del parénquima mamario

- Ecografía: Múltiples quistes simples bilaterales. Se explora a la paciente, no objetivándose telorrea uniporo, referida por la misma.

El diagnóstico es de mamas heterogéneamente densas y no se visualizan signos sospechosos de malignidad.

El 14 de marzo de 2016 acudió a Ginecología del Centro de Especialidades para recoger los resultados. Se indica en la historia que la mamografía no era patológica y los quistes apreciados en la ecografía. Se indicó revisión al año (folio 79).

Con fecha 14 de marzo de 2017 acude a la revisión programada. Se recoge el antecedente de padre fallecido por cáncer de estómago. En la exploración consta que las mamas eran normales a la inspección, densas y dishomogéneas al tacto, especialmente la derecha y en el cuadrante superior externo. No se delimitan nódulos ni adenopatías. No hay telorrea. No se piden pruebas (folio 80).

El 30 de mayo de 2017 acude por un estado de ansiedad, con llanto y problemas laborales. Se da incapacidad laboral transitoria y se solicita una ecografía (folios 55 y 64)

El 12 de julio de 2017 se le realizaron una mamografía y ecografía con indicación de una resonancia magnética y BAG (folios 82-85).

La ecografía se informa como:

“Mama derecha: No se identifican adenopatías de características significativas en hueco axilar derecho. A nivel de unión de cuadrantes externos se identifica imagen de morfología nodular, de contornos no bien definidos, de 1,4 cm x 1,2 cm, hipoecogénica, con presencia de sombras acústicas. En el estudio Doppler color se identifica perfusión aumentada por presencia de estructura vascular en su interior. Dicha lesión produce retracción del tejido fibroglandular en vecindad, hallazgos todos en relación a lesión con alta sospecha de malignidad lesión BIRA DS 4 C. Resto del tejido fibroglandular mamario en relación a mastopatía fibroquística.

Mama izquierda: No se identifican adenopatías de características significativas hueco axilar izquierdo. Tejido fibroglandular mamario en relación a mastopatía fibroquística.

Conclusión: Lesión BIRADS 4C a nivel de unión de cuadrantes externos de la mama derecha. Se recomienda realizar mamografía y estudios complementarios pertinentes”.

A su vez en la mamografía se informa como: “*Mamas heterogéneamente densas. El tejido fibroglandular es de aspecto tosco, pseudonodular y distribución relativamente simétrica. No se identifican claros nódulos ni distorsiones parenquimatosas. No microcalcificaciones agrupadas sospechosas de malignidad. En ICE de la mama derecha, ecográficamente se identifica un nódulo de cm hipoecoico de bordes irregulares. BTRADS-4c. Conclusión: Nódulo hipoecoico de bordes irregulares en ICE de la mama derecha, no claramente identificado en mamografía. BIRADS-4C”.*

La resonancia y la BAG se realizan el 14 y el 17 de julio de 2017. La resonancia se informó como "*mamas de predominio glandular, con tejido de distribución simétrica y parcheada. En UCE profundos de mama derecha se observa una lesión nodular, de morfología muy irregular, de bordes espiculados, que mide 16,9 x 16 x 19,8 mm; estos hallazgos son sugerentes de malignidad. En el CIE de la misma mama, 1 cm por debajo de la lesión anterior, se evidencia otra lesión de morfología irregular, de 1,3 x 0,5 x 9,5 mm que presenta unas curvas de realce similares y que es también sospechoso de malignidad, confirmado como nódulo satélite. En resumen: lesión compatible con neoplasia maligna de mama derecha multifocal, sin signos de malignidad en mama izquierda, sin adenopatías axilares en rango patológico*". El BAG de nódulo de mama derecha dio como resultado: "*carcinoma ductal infiltrante, grado histológico I, categoría diagnóstica*

BS", sin adenopatías axilares patológicas; BAG del nódulo satélite negativo de malignidad".

Con estos resultados Radiología avisa a Urgencias que cita a la reclamante para el 26 de julio de 2017 a los efectos de recoger los resultados.

Es vista en Ginecología el 26 de julio para confirmar el diagnóstico y valorar tratamiento. Se decide realizar una tumorectomía con marcaje del nódulo satélite + exéresis y biopsia selectiva de ganglio centinela + Radioterapia complementaria + tratamiento hormonal adyuvante con Tamoxifeno.

Previa firma del consentimiento informado (folios 95-97), es intervenida el 4 de agosto realizando una tumorectomía (extirpando los 2 nódulos), extirpación de ganglio centinela (2 ganglios extirpados), y posterior biopsia. El resultado anatomo-patológico fue: Carcinoma ductal infiltrante multifocal de mama derecha.

Se dio el alta sin complicaciones el 5 de agosto (folios 107-108).

El 7 de agosto de 2017 acudió a Urgencias de Ginecología del HUM por una disminución de sensibilidad en región externa de miembro superior derecho, y dificultad para elevar el brazo por encima del hombro. A la exploración se observó una cicatriz de la tumorectomía sin hematoma ni signos infecciosos, la cicatriz del ganglio centinela presentaba un pequeño hematoma no a tensión.

La reclamante refería disminución de sensibilidad en la piel de la región axilar y tercio superior de miembro superior derecho con limitación de la abducción a nivel del hombro. Se dio alta por no presentar patología ginecológica urgente en ese momento, indicando control por su médico de Atención Primaria.

Acude de nuevo el 13 de agosto del 2017, por presentar dolor de la herida quirúrgica; manifiesta que el dolor ha ido en aumento, comenzando 24 horas antes con hiperalgesia en cara interna del brazo derecho. La exploración física es normal: cicatriz sin signos de infección, cuadrante supero-externo ligeramente inflamado, hiperalgesia en cara interna del brazo derecho, sin edema ni cambios en la piel. Se solicita valoración por Cirugía que realiza cura y da el Alta, prescribiendo Enantyum y control por Atención Primaria. El día 17 de agosto del 2017 volvió de nuevo a Urgencias por exudación de una de las incisiones quirúrgica, siendo normal la exploración y cursando Alta.

El 29 de agosto del 2017 se realizó control postquirúrgico y se le entregó el informe de Anatomía patológica: *"Carcinoma ductal infiltrante multifocal (2 nódulos de 1,9 y 0,9 cm de diámetro, separados 5 mm) grado 2, que contacta con el margen anterior (T1N0M0); el margen anterior afecto no se pudo ampliar por ser el margen cutáneo. No invasión linfovascular ni perineu ral. Estudio inmunohistoquímico positivo con receptores de estrógenos y progesterona intensidad 3"*.

Es remitida a Oncología, donde acude los días 14 y 21 de septiembre del 2017. Se le realizó estudio Mammaprint para valorar la necesidad de quimioterapia adyuvante, con resultado Lumina A (poco riesgo de proliferación y crecimiento lento).

Posteriormente fue sometida a radioterapia y tratamiento hormonal con Tamoxifeno durante cinco años, manifestando en octubre de 2017, que iba a continuar tratamiento y revisiones en otro centro.

Es vista el 5 de febrero de 2018 por Rehabilitación, remitida por Atención primaria, por disfuncionalidad en brazo derecho. Según el informe de rehabilitación no se le ha realizado una linfadenectomía.

En la exploración física presenta tendinopatía de hombro derecho a iniciar estudio. Se solicita radiografía y resonancia.

El 12 de marzo de 2018 acude a consulta de Oncología. A nivel de mama derecha se observan efectos dérmicos secundarios a la radioterapia, no nódulos, axilas negativas, no ganglios supraclaviculares. No refiere alteraciones sensitivas ni de movilidad en miembro superior derecho. Revisión en abril de 2018 con resonancia y resto de pruebas.

Por informe de 23 de mayo de 2018 de Rehabilitación consta: Balance articular de hombro derecho dentro de la normalidad. La exploración neurológica del miembro superior derecho está dentro de la normalidad, salvo ligera alteración del mediano y algo más intensa del nervio cubital, alteraciones que estarían relacionadas con una lesión del plexo braquial y que no pudieron ocasionarse al realizar la extirpación de los dos ganglios centinela de la axila, puesto que anatómicamente no es posible. Resonancia de hombro dentro de la normalidad. Alta en tratamiento de fisioterapia. Se solicita EMG.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

El 10 de julio de 2018 la aseguradora de la Administración acusa recibo de la comunicación de inicio del procedimiento.

Por escrito sin fecha emite informe la jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del HUM en el que, de un lado relata la atención prestada a la reclamante y, de otro, da respuesta a los reproches formulados en la reclamación.

En concreto destaca que se realizó no solo mamografía sino también ecografía como es lo correcto en pacientes con mastopatía fibroquística. En ningún informe figura que presentase telorrea y ello pese a que fue vista por varios facultativos.

Reitera que se realizó mamografía y ecografía por su patología pese a que no es lo normal por su edad sin que la reclamante tuviera antecedentes familiares de riesgo. La resonancia nunca procede si esas dos pruebas son normales y mucho menos el TAC que no tiene ninguna utilidad en la patología mamaria.

Solo hay aumento de riesgo en casos de madres o hermanas con cáncer de mama por lo que no había tal riesgo por el hecho de los antecedentes paternos. Los médicos internos residentes están plenamente facultados para realizar la exploración bajo la tutela de un adjunto y en este caso, al no existir patologías adicionales ni antecedentes familiares y ser su edad inferior a 40 años, se decidió el alta según los criterios de la Sociedad Americana de Patología Mamaria. Sobre la referencia del proceso en curso destaca que es el programa Selene el que asigna tales referencias.

Sobre el estado de ansiedad destaca que la nota de Psicología recoge que es debido a motivos laborales y que en ese momento todavía no la habían dado los resultados de las pruebas de la mama con pensamientos anticipatorios catastróficos lo cual refuta lo afirmado en la reclamación.

Por último indica que no consta ninguna lesión de estructuras nerviosas ni en el protocolo quirúrgico ni en los informes de la intervención.

El 19 de noviembre de 2018 emite informe la Inspección Sanitaria en el que considera que: *“Realmente se ha actuado según Protocolos SEGO, dada la patología y la edad de la paciente, pero es discutible el*

Alta Médica en Ginecología en marzo del 2017. (Refiriendo la paciente clínica de mastodinia y telorrea, asimetría mamaria, además de no estar seguros de los antecedentes de cáncer de mama por la rama paterna) sin solicitar ninguna prueba de imagen y sin indicar revisión a los 2 años de las anteriores pruebas de diagnóstico por imagen (mamografía y ecografía) realizadas en el 2016. Finalmente podemos decir que la paciente ha sido afortunada con el diagnóstico precoz del cáncer de mama, gracias a la sospecha clínica y solicitud de ecografía por su Médico de Atención Primaria, quien actuó con máxima diligencia y acierto”.

Consta un informe pericial evacuado por una especialista en Ginecología y Obstetricia a instancias de la aseguradora del SERMAS fechado el 14 de abril de 2019.

En el mismo pone de relieve que en la consulta de 14 de marzo de 2017 la reclamante acudió para control de mamas sin que se anotase ningún síntoma.

Entiende (conclusión 4ª) que: “*En esta consulta no existía indicación de seguir con más estudios radiológicos dado que:*

- Paciente <40 años, la paciente tenía 35 años.

- Sin antecedentes familiares de 1º grado de cáncer de mama, según la reclamación la paciente desconoce antecedentes por la rama paterna, pero esta circunstancia no está registrada en la historia clínica de Atención Primaria ni de Ginecología. Está registrado en la consulta de Oncología cuando el diagnóstico de cáncer de mama ya está hecho.

- Exploración normal. Las mamas dishomogeneas es habitual en mujeres jóvenes con mastopatía fibroquística. La asimetría

micronodular explorada en 2015 no se describe en la exploración de marzo del 2017.

- Mamografía y ecografía de mamas previas normales hacia un año”.

La reclamante sufrió un cáncer de mama que fue sospechado en mayo de 2017 por el médico de atención primaria. Si se hubiera diagnosticado dos meses y medio antes, el tratamiento y el pronóstico de la enfermedad hubiera sido el mismo.

Por último considera que la reclamante presentó una leve afectación del nervio mediano y cubital, valorada por el Servicio de Rehabilitación en el año 2018. Estas alteraciones están relacionadas con patología del plexo braquial y no se pudieron ocasionar al realizar la extirpación de los ganglios centinelas de la axila puesto que anatómicamente no es posible llegar al territorio de estos nervios.

Por todo ello considera que se actuó con arreglo a la *lex artis*.

El 16 de mayo de 2019 los abogados de la reclamante solicitan el impulso del procedimiento con posible exigencia de responsabilidad disciplinaria.

El 14 de agosto de 2019 se concede trámite de audiencia a la reclamante.

Con esa misma fecha presenta escrito de alegaciones en las que considera que el informe de la Inspección ratifica su reclamación.

Finalmente, la viceconsejera de Sanidad formuló propuesta de resolución, de 30 de enero de 2020, en la que propone al órgano competente para resolver, desestimar la reclamación al considerar que la actuación de los servicios sanitarios se ajustó a la *lex artis ad hoc*.

CUARTO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 4 de junio de 2020, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 30 de junio de 2020.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales 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 superior a 15.000 euros 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.

SEGUNDA.- La 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) en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria que considera inadecuada y que entiende que le ha originado una serie de daños físicos y psicológicos.

Actúa representada por dos abogados colegiados con poder notarial a tal efecto.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó por el HUM que forma parte de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC.

En este caso, el *dies a quo* viene determinado por el alta tras la intervención de tumorectomía el 5 de agosto de 2017 y no por el alta de fisioterapia el 23 de mayo de 2018 toda vez que no hay relación entre ese tratamiento y la asistencia sanitaria que considera incorrecta. En cualquier caso, al interponerse la reclamación el 26 de abril de 2018, la misma ha de considerarse interpuesta en el plazo legalmente previsto.

Respecto a la tramitación del procedimiento ha de estarse a lo establecido en la LPAC. En concreto, se solicitó el informe del servicio al que se imputa la producción del daño conforme el artículo 81 de la LPAC, se admitió la prueba documental aportada por la reclamante y la pericial aportada por la aseguradora de la Administración y se evacuó el trámite de audiencia de acuerdo con el artículo 82 de la LPAC.

Igualmente se recabó el informe de la Inspección Sanitaria.

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 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.- La reclamación considera que la actuación del HUM fue incorrecta centrándose en la consulta realizada el 14 de marzo de 2017 por el Servicio de Ginecología en una revisión programada ya

que considera que en ese momento deberían haberse practicado pruebas diagnósticas que hubieran permitido diagnosticar el cáncer de mama que padecía en tanto que se limitó a una exploración física que considera insuficiencia e incorrectamente realizada.

Han de examinarse esos reproches sobre la base del material probatorio contenido en el expediente administrativo.

En las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial el criterio determinante es el cumplimiento o no de la *lex artis*, en cuanto buena práctica médica. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004) define este concepto indicando (FJ 4º), que: *“según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate.”*

La carga de la prueba de la vulneración de esa *lex artis* corresponde en principio a quien reclama el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial conforme lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si bien teniendo en cuenta lo dispuesto en ese precepto legal en cuanto a la facilidad probatoria. Así como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de diciembre de 2017 (recurso 39/2015):

“Así, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27.11.1985 , 9.6.1986 , 22.9.1986 , 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero , 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997 , 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin

perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero , 5 de febrero y 19 de febrero de 1990 , y 2 de noviembre de 1992 , entre otras)”.

La reclamante no aporta ningún elemento probatorio de tal forma que ha de estarse a los informes obrantes en el expediente, tanto de los servicios implicados como de la Inspección Sanitaria. Es más, en su reclamación mezcla explicaciones médicas sin indicar la fuente de la que extrae esos conocimientos y/o afirmaciones con errores de importancia como la conveniencia de realizar un TAC que el Servicio de Ginecología considera inútil en la detección de patologías mamarias o las alusiones alternas al cáncer padecido por su padre afirmando al mismo tiempo que no conoce a su padre biológico.

Esta Comisión viene recordando que el valor del informe de la Inspección Sanitaria en este tipo de expedientes es fundamental, tal y como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2018 (recurso 768/2016). No obstante, en el caso que nos ocupa el informe de la Inspección adolece de varios problemas como son el que carece de una conclusión clara ya que si bien afirma que en la actuación del HUM se cumplieron los protocolos establecidos por la SEGO afirma al mismo tiempo que la actuación del 14 de marzo de 2017 es “discutible” por la no realización de pruebas diagnósticas adicionales ante los antecedentes que “refería” la paciente tales como mastodinia y telorrea y sin estar seguros de los antecedentes de cáncer de mama por la rama paterna.

Esta Comisión no comparte en esta ocasión el criterio del médico inspector por varias razones.

En primer lugar, por cuanto la Inspección incurre en la denominada prohibición de regreso de tal forma que analiza la actuación del 14 de marzo teniendo presente que unos meses después se diagnosticó un cáncer. Esta prohibición de regreso es acogida por los tribunales, así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 10ª) de 14 de mayo de 2014 (recurso 1236/2011):

“En la valoración de la prueba también se ha sopesado la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico o de la conducta desencadenante del daño, declarada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y de 10 de junio de 2008, en la que, con cita de las anteriores, se recogía que: <<B) La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa. La imputación objetiva al recurrente -o atribución del resultado, quaestio iuris [cuestión jurídica] revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 CC no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi [leyes] del razonamiento práctico>>”.

En idéntico sentido las sentencias de la citada Sala de 6 y 11 de mayo de 2016 (recursos 1153/2012 y 998/2013).

En segundo lugar, el Inspector da por ciertos hechos contenidos en la reclamación que no constan en la historia clínica. Así en la asistencia del 14 de marzo (folio 80) consta expresamente en los antecedentes familiares “*padre fallecido cáncer estómago*” lo que implica que se preguntó a la reclamante por tales antecedentes y ese fue el único relevante que comunicó. En ningún momento la reclamante hizo constar que no conocía a su padre biológico y, si hubiera indicado al facultativo que el fallecido era su padre adoptivo o, al menos, que no era el biológico, tal dato no se habría consignado en la historia por su notoria irrelevancia. Consta por el contrario que la exploración fue normal (sin nódulos ni adenopatías) y que la reclamante no presentaba telorrea.

En tercer lugar, la Inspección incurre en una contradicción lógica ya que considera que se han cumplido los protocolos de actuación de la SEGO “*pero*” considera que se podrían haber solicitado más pruebas. Como hemos dicho esta paradoja solo puede explicarse desde la presencia en el criterio del inspector de la patología posteriormente diagnosticada y de una aceptación del relato fáctico de la reclamante sin respaldo en la historia clínica.

Por el contrario, tanto el informe del Servicio como el de una perito especialista en Ginecología consideran que la actuación fue correcta partiendo de diversos factores: 1) Sucesivos exámenes por parte de distintos facultativos no habían apreciado la existencia de telorrea; 2) su edad a era inferior a 40 años); 3) ausencia de antecedentes familiares (es en una consulta posterior (Oncología) cuando la reclamante afirma que desconoce a su padre biológico) a lo que se suma el que, como afirma el informe del Servicio, los antecedentes relevantes a estos efectos son los maternos; 4) la

exploración de las mamas fue normal; 5) la mamografía y la ecografía realizadas un año antes eran normales.

Como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 2020 (rec. 541/2017):

“La fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante lo anterior, respecto al error de diagnóstico es importante advertir que para que éste sea generador de responsabilidad es necesario que atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitara alguna oportunidad de curación. En definitiva, es necesario que la falta de diagnóstico, o bien su error o su retraso sea imputable a la Administración y por ello sea determinante de la lesión del derecho del paciente a un diagnóstico correcto en tiempo oportuno.

El error de diagnóstico es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración, por incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso o conocimiento de la práctica médica.

Ahora bien, no todo error de diagnóstico da lugar a responsabilidad y ha de insistirse en que, para que ello suceda, es

necesario que como consecuencia del error no se haya procurado al paciente la asistencia sanitaria exigible”.

En este caso no parece que, si la actuación fue correcta siguiendo los protocolos establecidos por sociedades médicas tanto españolas como americanas, pueda considerarse que existió una infracción de la *lex artis* que originó una pérdida de oportunidad.

Por último, han de precisarse dos cuestiones.

La primera es que la reclamante alega que la pérdida de oportunidad le ha ocasionado una serie de daños morales que conecta con la necesidad de tratamiento psiquiátrico y psicológico afirmando su voluntad (que no llega a cumplir) de aportar documentación relativa a esos tratamientos. Por el contrario, en la historia clínica se afirma claramente que esa asistencia psicológica fue debida a problemas laborales y por tanto ajena a la asistencia sanitaria reclamada.

En segundo lugar, alude a problemas de movilidad del brazo que no tienen relación alguna con la supuesta pérdida de oportunidad. Por el contrario, los informes del Servicio de Rehabilitación descartan lesiones nerviosas y, en todo caso, el documento de consentimiento informado ya mencionaba los problemas de movilidad del hombro como un riesgo de la intervención (folio 97).

Por todo ello no procede apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado la existencia de vulneración de la *lex artis*.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 30 de junio de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 256/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid