

Dictamen n.º: **339/24**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **06.06.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de junio de 2024, sobre la consulta formulada por la consejera de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. por los daños y perjuicios derivados del seguimiento y tratamiento de carcinoma de mama en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HUGM)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito de reclamación formulado el 30 de julio de 2022 por la persona indicada en el encabezamiento por las deficiencias en el seguimiento del carcinoma de mama y la posterior inclusión en lista de espera para tratamiento quirúrgico de recidiva.

En concreto, refiere la reclamante que, en septiembre de 2019 en revisión rutinaria en un centro privado le detectaron un nódulo sospechoso en mama izquierda que se confirmó su malignidad, aportando resultados de resonancia magnética al HUGM en octubre de ese mismo año.

En Ginecología del HUGM remitieron a la reclamante a Radiología para que pusieran coil en la lesión principal y en nódulos satélites, pero dice que solo se lo pusieron en la lesión principal.

Posteriormente, según refiere la reclamación, fue derivada a Oncología donde expuso que su familia paterna presenta una mutación genética, aunque a su padre le había dado negativo, y refiere que al ser su padre negativo no puede trasmitirlo. No obstante, se le hace el estudio genético presentando la misma mutación BRCA2 que su familia paterna.

Expone que fue sometida a quimioterapia pero que ante a falta de respuesta y los resultados del estudio genético se le propone salpingo-orofectomía bilateral y mastectomía simple bilateral con reconstrucción mamaria.

Según relata, tras completar cuatro ciclos de quimioterapia desde junio de 2020 a junio de 2021 solo le hacen controles de analítica y ecografías vaginales, planteando la reclamante revisión de las mamas, obteniendo como respuesta que tras la mastectomía no hay riesgo de que salgan lesiones.

Añade la reclamante que en agosto de 2021 se palpó un bulto en la mama izquierda acudiendo a Oncología donde le realizan ecografía ese mismo mes apreciándose un nódulo en una zona con glándula mamaria que había quedado en la cirugía. Es citada para biopsia el 10 de agosto, y el día 16 le confirman que sí hay células malignas sin recibir llamada de Ginecología para intervención quirúrgica, y que cuando le llaman le citan para el 1 de septiembre para incluirla en lista de espera, decidiendo operarse el día siguiente en un centro privado.

Reprocha, por tanto, que no le hubieran hecho el estudio genético, lo que le obligó a someterse a revisiones en centros privados. También considera que no se le hizo un seguimiento posterior a la mastectomía

para constatar con pruebas de imagen que no quedaba glándula mamaria.

Por último, refiere que tras la cirugía de la recidiva solo le querían tratar con radioterapia y capecitabina si bien, tras consultar ella con un oncólogo privado, reconsideraron el tratamiento en el HUGM y le trataron también con quimioterapia.

Concluye diciendo que, además del coste económico, le han causado daños físicos y psíquicos al quedarse sin mama, tener que someterse a tratamientos agresivos y que se le ha puesto en riesgo su vida, riesgo que dice tener que seguir asumiendo.

La reclamación, que no cuantifica indemnización alguna, concluye solicitando como prueba documental los informes médicos que aporta, la testifical de los facultativos y pericial médica que anuncia.

SEGUNDO.- Presentada la reclamación e incoado el procedimiento, se solicitó la historia clínica al HUGM, de la que cabe extraer los siguientes datos de interés:

La reclamante, nacida en 1974, acude por primera vez el 17 de octubre de 2019 al Servicio de Ginecología del HUGM por diagnóstico de carcinoma de mama en un centro privado, aportando estudio preoperatorio, marcadores tumorales, TAC y resonancia magnética, estando pendientes de resultados de otras pruebas realizadas en la sanidad privada

El 28 de octubre de 2019, se cita nuevamente en consulta, pero no aporta los bloques ni los cristales con la histología porque estaban pendientes todavía los estudios inmunohistoquímicos del centro privado. Al revisar el informe de la resonancia magnética de mama (RM mama) realizada el 14 de octubre en el centro privado, se objetiva la

posibilidad de que existan lesiones satélites respecto al tumor principal de la mama izquierda y otra lesión en mama derecha: “*Mama DERECHA: En tercio anterior de CII se identifica tenue realce focal de 8 mm con curva tipo III, sospechoso de malignidad. Mama IZQUIERDA: En tercio profundo de UCS hacia CSE se identifica realce nodular de 18 mm con curva tipo III sospechoso de malignidad (biopsiado). Se identifican dos lesiones sugestivas de nódulos satélite de localización inferior de 7 mm y de localización postero medial de 7 mm, ambos sospechosos de malignidad*”, y se solicita nueva valoración con ecografía de second look y eventual biopsia de lesiones sospechosas en el Servicio de Radiología.

El 5 de noviembre de 2019 se confirma por Unidad de la Mama del Servicio de Ginecología del HUGM el diagnóstico de carcinoma de mama izquierda multifocal unicéntrico. Se presenta el caso en sesión clínica y se decide quimioterapia (QT) neoadyuvante y cirugía conservadora y BSGC postQT y coils en lesión principal y nódulos satélite. Esta decisión es ratificada al día siguiente por el Comité de Tumores.

El 7 de noviembre acude a consulta de Oncología exponiendo la paciente los antecedentes genéticos paternos y se decide solicitar estudio genético.

El 12 de noviembre se inicia tratamiento de quimioterapia por el Servicio de Oncología.

El 16 de enero de 2020, en Oncología, se valora resonancia magnética donde se observa la ausencia de cambio radiológico con respecto a antes del tratamiento y se recibe resultados de test genético positivo para BRCA2.

El 21 de enero de 2020, se presenta el caso en sesión clínica y se decide biopsia selectiva del ganglio centinela (BSGC) pretratamiento,

mastectomía simple bilateral con reconstrucción inmediata y salpingo-oforectomía bilateral profiláctica (SOB).

El 4 de febrero de 2020, ingresa en Ginecología del HUGM y se realiza, bajo anestesia general, biopsia selectiva de ganglio centinela (BSGC) en axila izquierda que informan desde Anatomía Patológica de negativo.

El 10 de febrero ingresa nuevamente en Ginecología donde se realiza salpingo-oforrectomía bilateral profiláctica por vía laparoscópica y mastectomías izquierda y derecha con reconstrucción inmediata con prótesis. La intervención cursa sin incidencias, dándose alta el posterior dia 17.

El 27 de febrero de 2020, en consulta de Oncología se informa del resultado de anatomía patológica: “*Mama izquierda: Carcinoma mamario infiltrante de tipo metaplásico. Mama derecha: cicatriz radial. Fibroadenoma. Sin evidencia de malignidad*”.

Se presenta en sesión y se decide administrar terapia adyuvante con Caelyx (antraciclina)-Ciclofosfaida, que inicia primer ciclo el 5 de marzo, segundo el 2 de abril, el tercero el 29 de ese mismo mes y el cuarto el 4 de junio de 2020.

El 29 de junio acude a consulta de Ginecología haciéndose exploración ginecológica normal y pautándose control en un año, realizándose otra el 1 de junio de 2021.

El 2 de julio de 2020 acude a consulta de Oncología con exploración física, ecografía de abdomen y analítica.

Acude a revisiones con analítica y exploración física, los días 9 de octubre de 2020, 21 de enero de 2021 y 10 de junio de 2021.

El 2 de agosto de 2021 acude sin cita por autopalpación de nódulo en mama izquierda. Se solicita ecografía muy preferente. Se realiza el día 4 del mismo mes y se aprecia nódulo sospechoso en mama izquierda. Se cita a la paciente para biopsia y TAC toracoabdominopélvico.

Los días 18 y 19 de agosto se realizan TAC y resonancia magnética con los siguientes resultados: *“adyacente al contorno protésico izquierdo en su vertiente superoexterna se identifica un nódulo lobulado, hipointenso en secuencias T1, hiperintenso de 19x11mm”*.

Con los resultados de las pruebas se confirma el diagnóstico de recaída local de carcinoma de mama sin afectación ganglionar ni a distancia. Se comenta en sesión clínica y se decide tratamiento quirúrgico de entrada dada la escasa respuesta previa al tratamiento con quimioterapia.

En consulta telefónica de 24 de agosto, se informa a la paciente de la actitud.

En nueva consulta telefónica en Oncología, el 30 de ese mismo mes, la paciente refiere que está planteándose intervenirse en un centro privado.

El 1 de septiembre, en consulta de Ginecología se le explica la cirugía. Se incluye en lista de espera quirúrgica.

El día 2 de septiembre la reclamante se interviene en el centro privado referido.

El 13 de septiembre la reclamante aporta informe de Anatomía Patológica de otro centro, con el resultado: carcinoma infiltrante metaplásico, márgenes no afectos. Ganglios negativos. Presentarlo en sesión clínica.

El 15 de septiembre, tras presentar el caso en sesión clínica se decide completar tratamiento con RT y Capecitabina. Se le comenta a la paciente la actitud. Decide pedir segunda opinión a un médico privado.

El 23 de septiembre, tras consultar la paciente una segunda opinión comunica a la oncóloga que le han recomendado recibir tratamiento adyuvante con Carboplatino y Taxano entendido el último tumor como un segundo tumor y no como recidiva del previo.

Se vuelve a comentar el caso en sesión clínica y finalmente se proponen 4 ciclos de quimioterapia adyuvante con Carboplatino y Abraxane (taxano) con RT posterior y Capecitabina x8 ciclos, aunque se le informa a la paciente que la potencial utilidad de añadir estos fármacos en términos de prevención de recaída es probablemente muy limitada debido a que ya habían sido testados inicialmente y no se había producido respuesta.

El 1 de octubre inicia en Oncología del HUGM primer ciclo de tratamiento, el segundo ciclo el 25 de octubre, el tercer ciclo 25 de noviembre y el cuarto ciclo el 15 de diciembre.

El 10 de enero de 2022 comienza tratamiento de radioterápica de 25 sesiones, que finaliza el 11 de febrero posterior.

TERCERO.- Junto con la historia clínica se incluyen los siguientes informes:

Informe del jefe del Servicio de Radiología, fechado el 8 de agosto de 2022, en el que se explican las razones que llevaron a no haber marcado las lesiones satélites inicial, indicando que, en todo caso, dado que el tratamiento fue la mastectomía bilateral, no hubo ningún perjuicio asociado.

Informe del Servicio de Oncología, de fecha 10 de agosto de 2022, en el que se detalla la asistencia prestada por ese servicio, y refiere que, pese a que su padre no era portador una mutación genética existente en esa línea familiar, se decidió realizar a la reclamante el estudio genético completo previamente a la realización de la cirugía mamaria. En relación con el tratamiento adyuvante tras la intervención de recidiva, explica que se procedió a realizar el tratamiento propuesto por la reclamante, aunque con la advertencia de la escasa utilidad de añadir los nuevos fármacos al inicialmente considerado, ya que habían sido testados en el primer tumor y no se había producido respuesta.

Informe del jefe del Servicio de Ginecología en el que se expone:

“En la actualidad, no se dispone a nivel nacional ni internacional de un protocolo de seguimiento en pacientes portadoras de mutación BRCA que han padecido un carcinoma mamario y se les ha realizado una mastectomía bilateral. La periodicidad de las revisiones y las pruebas complementarias a solicitar dependen de la evolución del proceso y de los hallazgos encontrados en dichas revisiones.

A pesar de que la mastectomía con reconstrucción mamaria inmediata no ha demostrado aumentar el riesgo de recidiva, la paciente asumió un riesgo relativo de reproducción de la enfermedad al firmar el consentimiento informado que se le entregó en la consulta de la Unidad de Mama y se remitió a digitalizar en su historia clínica electrónica.

Respecto al carácter de urgencia de la intervención, las consultas dirigidas a unidad de mama de cáncer tienen siempre carácter de prioridad oncológica. La demora que pudiera producirse está condicionada por la sobrecarga asistencial y la lista de espera quirúrgica, no por no gestionarla de modo adecuado”.

Posteriormente, consta incorporado al expediente un informe por la Inspección Médica, fechado el 24 de octubre de 2023, en el que se analiza la asistencia prestada a la reclamante y realiza diversas valoraciones médicas sobre el carcinoma de mama, su riesgo y tratamientos, y concluye afirmando que la asistencia prestada fue acorde a la *lex artis ad hoc*.

Otorgado trámite de audiencia a la reclamante por plazo de quince días, el 26 de diciembre de 2023 presentó alegaciones, sin aportar el informe pericial anunciado ni valoración alguno de los daños por los que reclama. En esas alegaciones hace una crítica a los informes emitidos en el expediente, especifica que existió un error en el test genético realizado a su padre en el Hospital de La Princesa, cuyo informe adjunta, y que no le hicieron una mastectomía total, dejando restos de mama, produciéndose una recidiva.

Finalmente, el 22 de abril de 2024 se formula propuesta de resolución por la viceconsejera de Sanidad, en la que concluye desestimando la reclamación, al considerar que no concurren los presupuestos para la declaración de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- El 29 de abril de 2024 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la preceptiva solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 6 de junio de 2024.

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, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada, y a solicitud de la consejera de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3,a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC.

La reclamante ostenta legitimación activa para instar el procedimiento de responsabilidad patrimonial por el daño que considera derivado de la asistencia recibida en su patología de mama en el HUGM y un supuesto error en el estudio genético realizado a su padre con anterioridad en el Hospital de La Princesa.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, en tanto que la asistencia sanitaria que se reprocha es de dos centros hospitalarios de su titularidad.

Respecto al procedimiento seguido, se ha solicitado y emitido el informe preceptivo previsto en el artículo 81.1 LPAC, esto es, los servicios cuya actuación es objeto de reproche. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica, tras lo cual se ha dado

audiencia a la reclamante, quien ha hecho uso de su derecho a formular alegaciones, según consta en los antecedentes.

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 67.1 de la LPAC).

En el presente caso, la reclamación se presentó el 30 de julio de 2022, conteniéndose en ella una referencia genérica a daños físicos y económicos que, no solo no cuantifica, sino que tampoco precisa cuales eran esos daños.

No obstante, del relato cabe diferenciar dos periodos claramente delimitados: uno primero que comprendería la detección y tratamiento quirúrgico de la mastectomía y quimioterapia posterior; y un segundo que es la recidiva tumoral. El daño correspondiente al primer periodo parece atribuirlo la reclamante a la falta de realización de un test genético por el supuesto error en el realizado a quien dice ser su padre. En este caso, el efecto lesivo podría entenderse que está claramente determinado con la mastectomía bilateral realizada el 10 de febrero de 2020 y el tratamiento coadyuvante profiláctico de quimioterapia que concluyó el 2 de junio de ese mismo año. Por tanto, la reclamación por esos daños incluida en su escrito presentado el 30 de julio de 2022 estaría prescrita.

Ciertamente, la existencia de recidivas posteriores no reabre el plazo para reclamar daños por lesiones ya determinadas, máxime cuando esa recidiva se atribuye a lo que considera un deficiente seguimiento posterior y al retraso en su diagnóstico. Llegar a otra conclusión permitiría mantener abierto de manera permanente el plazo para reclamar por lesiones antiguas por el mero hecho de que años después reaparezca la patología de manera natural.

Por el contrario, el plazo para reclamar por los daños derivados de esa recidiva, que supuso una intervención quirúrgica el 1 de septiembre de 2021 y posterior tratamiento de quimioterapia no habría prescrito.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un*

tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) “*no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa*”.

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 4^a) de 19 de mayo de 2015 (recurso de

casación 4397/2010), 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.

QUINTA.- Entrando a analizar el caso concreto, es preciso determinar si existe un daño efectivo como presupuesto necesario para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

En este caso, el daño por el que se reclama no está precisado en la reclamación haciendo referencia a costes económicos, que parece estarían constituidos por el importe de las pruebas diagnósticas y la intervención quirúrgica de la recidiva tumoral realizadas en la sanidad privada, y lesiones físicas, según expone sería la mastectomía y tratamiento de quimioterapia posterior.

Procede por tanto determinar si esos daños serían atribuibles a una mala praxis médica o, por el contrario, son riesgos propios de la paciente que era portadora de una mutación genética predisponente a sufrir cáncer.

El primer reproche que hace la reclamante es la falta de realización del test genético pese a que su familia paterna era portadora de la mutación BRAC. Aporta a tal efecto en su escrito de alegaciones finales un test genético realizado en 2016 a quien dice ser su padre, en el que se hace constar un resultado negativo y que, por tanto, no lo puede trasmitir a sus descendientes. Como dice la reclamante, el fallecimiento de esa persona impide constatar si realmente existió el error que la reclamación presume pese a constar en el informe que se le realizaron dos análisis de sangre independientes que confirmaron el resultado negativo.

En todo caso, aunque aceptásemos el error en el test genético y la decisión de la reclamante de no someterse al mismo como consecuencia de su resultado, ello ha devenido irrelevante en el acontecer de los hechos, en tanto a la reclamante se le diagnosticó un carcinoma en la mama izquierda en fases muy tempranas y Oncología del HUGM decidió realizar el test, que resultó positivo a BRAC2, llevándose a cabo el tratamiento quirúrgico y de radioterapia adecuado a ese resultado, con la conformidad de la paciente.

Cabría sostener que, de no haber acudido la reclamante a revisiones ginecológicos, el diagnóstico podría haber sido mucho más tardío y quizás con un resultado fatal, pero debemos recordar que los daños hipotéticos y no efectivos son ajenos al instituto de la responsabilidad patrimonial. Respecto a los gastos de la sanidad privada por las revisiones y pruebas diagnósticas previas, al margen de su prescripción, no se ha aportado factura alguna relativa a las mismas ni consta que le fueran denegada su realización por la sanidad pública.

Hay un segundo reproche de la reclamante relativo a la falta de colocación de coils en los nódulos satélites de la mama izquierda por Radiología. Sin embargo, al margen de las razones que se exponen en el informe del jefe del Servicio, como también se dice en el mismo la decisión final de realizar una mastectomía bilateral por razón de ser portador de la mutación genética hace totalmente irrelevante el no haber marcado las lesiones satélites.

Debemos analizar a continuación la asistencia prestada con posterioridad a la mastectomía, reprochándose en la reclamación la falta de realización de pruebas de imagen. Sobre esta cuestión el jefe del Servicio de Ginecología recoge numerosa bibliografía científica de base para afirmar: *“en el seguimiento oncológico de pacientes supervivientes de cáncer de mama con mastectomía bilateral, la historia clínica, el examen físico y la exploración mamaria en consulta continúan siendo los elementos más importantes para realizar un diagnóstico de recurrencias locales o de aparición de segundos tumores primarios en la misma mama o en la mama contralateral. No disponemos en la actualidad de ningún estudio que haya demostrado beneficio al realizar pruebas de imagen periódicas a pacientes que han padecido un cáncer de mama y se les ha realizado una mastectomía, ya sea con o sin reconstrucción mamaria.”* Y añade: *“En la actualidad, no se dispone a nivel nacional ni internacional de un protocolo de seguimiento en*

pacientes portadoras de mutación BRCA que han padecido un carcinoma mamario y se les ha realizado una mastectomía bilateral. La periodicidad de las revisiones y las pruebas complementarias a solicitar dependen de la evolución del proceso y de los hallazgos encontrados en dichas revisiones”.

Por su parte, el inspector médico afirma sobre la vigilancia de la mama reconstruida: “*después de la mastectomía, puede quedar algo de tejido normal en la pared torácica del que en ocasiones puede surgir un nuevo cáncer de mama. El único lugar donde se puede presentar el cáncer es justo debajo de la piel en el tejido subcutáneo o justo encima del músculo pectoral. Por ello, después de la mastectomía, sigue existiendo el riesgo de recurrencia locorregional y, con menos frecuencia, de un segundo cáncer de mama primario, independientemente de si la mama se reconstruyó o no. La gran mayoría de las recurrencias locorregionales son palpables*”

Así, existe un riesgo de recidiva pese a la mastectomía y como tal se recogió en el consentimiento informado que firmó la reclamante, donde se hace constar la posibilidad de que se reproduzca la enfermedad. Asimismo, en el consentimiento para la reconstrucción mamaria se expone a la paciente que debe autoexplorarse y comunicarlo a su médico si aprecia algún bulto.

Por tanto, el riesgo de recidiva tras mastectomía es posible y era conocido por la reclamante y, por ello, estuvo sometido a revisiones trimestrales en Oncología, según se recoge en la historia clínica, donde se le realizaron las analíticas y exámenes físicos que correspondían, sin que este protocolizadas otro tipo de pruebas.

En todo caso, la recidiva se diagnosticó en fase muy temprana tras el autoexamen de la propia reclamante siguiendo las recomendaciones que se le había dado, realizándosele en menos de un

mes todas las pruebas para la cirugía y, al ser informada de la decisión de adoptada en sesión clínica de fecha 24 de agosto de intervenirla, comunica que estaba planteándose operarse en un centro, privado, lo que efectivamente hizo el 2 de septiembre.

Por tanto, al margen de no apreciarse déficit en el seguimiento y la rápida detección de la recidiva, esta se abordó en pocos días mediante la realización de todas las pruebas precisas, adoptándose en menos de un mes la intervención quirúrgica. En efecto, como hemos recogido en los antecedentes, el 2 de agosto acude sin cita a consulta de Oncología por autopalpación de nódulo, se realiza ecografía dos días después y se realizan biopsia, TAC y resonancia, con cuyos resultados se confirma el diagnóstico de recaída local de carcinoma de mama sin afectación ganglionar ni a distancia. Se comenta en sesión clínica y se decide tratamiento quirúrgico de entrada dada la escasa respuesta previa al tratamiento con quimio, siendo informada la paciente el día 24 de agosto, siendo incluida en lista de espera para cirugía el 1 de septiembre, si bien dos días antes ya había informado de su posible intervención en un centro privado, lo que efectivamente hizo el día 2 de septiembre.

Lo expuesto evidencia que la reclamante adoptó la decisión libre y voluntaria de acudir a la sanidad privada, pero sin que exista denegación ni un retraso injustificado en la sanidad pública que, obviamente, por el número de pacientes y el respeto al principio de igualdad, no puede siempre actuar con la misma celeridad que la sanidad privada, pero ello no ampara el derecho a repercutir los gastos de quien decide libremente no someterse a ese principio de igualdad.

Así, la existencia de una lista de espera ni implica un daño antijurídico en tanto que, como se viene reiterando por la jurisprudencia, para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de

unos medios materiales y humanos limitados, con los que tiene que atender a una multiplicidad de beneficiarios, estando la lista de espera recogida en el artículo 16 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad para la gestión de la atención siguiendo criterios de igualdad.

En este caso, ni siquiera cabe plantear una supuesta demora excesiva en la lista de espera, en tanto resulta evidente, como ya hemos relatado, que la reclamante había ya tomado la decisión de operarse en la sanidad privada cuando se le incluyó el día 1 de septiembre, operándose al día siguiente, habiéndose realizado con anterioridad todas las pruebas preoperatorias precisas

En efecto, al margen de los supuestos de urgencia vital previstos en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, y como se viene recordando por esta Comisión Jurídica Asesora (vgr. 457/19, de 7 de noviembre; 153/21, de 6 de abril; 238/21, de 18 de mayo; entre otros), las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo reconocen el derecho de los pacientes a ser indemnizados en la cuantía de los gastos realizados por tener que acudir a la medicina privada, siempre y cuando, ante la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, el enfermo no haya tenido más alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada (vid. por todas, la Sentencia núm. 699/2007, de 31 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9^a, nº de recurso: 174/2004).

Lo expuesto nos debe llevar a excluir la existencia de daño antijurídico alguno atribuible a los servicios sanitarios públicos.

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no apreciarse daño antijurídico atribuible al servicio sanitario público.

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 6 de junio de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 339/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid