



Dictamen nº **68/2023**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 28 de marzo de 2023, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 22 de septiembre de 2022 (COMINTER 255278) y un disco compacto (CD) recibido en la sede de este Consejo Jurídico el día 23 de septiembre de 2022, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.^a X, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2022_294), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de octubre de 2020 D.^a X formula una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria regional.

En ella, expone que el 11 de abril de 2018 acudió a su Centro de Salud (Casco Antiguo de Cartagena) porque notaba una retracción del pezón derecho. Por ello, allí se le realizó una mamografía que no ofreció un resultado determinante. Por ese motivo, se le practicó una primera ecografía mamaria el 8 de mayo, que tampoco fue concluyente (mamas de alta densidad BIRADS 0), y una segunda el 19 de junio de 2018, que permitió detectar un pequeño quiste retroareolar de 4 mm en la mama derecha y un BIRADS 3.

No conforme con ese diagnóstico, y con mucha ansiedad, el 13 de agosto acudió al citado Centro de Salud, y allí se la derivó a la Unidad de Mama del Hospital General Universitario *Santa Lucía* (HGUSL) de Cartagena, donde se la vio por vez primera el 10 de septiembre siguiente.

Tres días más tarde, el 13 de septiembre de 2018, se le efectuó una mamografía-ecografía mamaria que arrojó el resultado de “*Calcificaciones de distribución segmentaria en CSE [cuadrante superior externo] de mama derecha, BIRADS 3 (hallazgos probablemente benignos), sin correlación con alteraciones ecográficas*”. Por tanto, no se produjeron hallazgos patológicos.

El 18 de septiembre se le realizó una resonancia magnética nuclear (RMN) mamaria que informó de hallazgos sospechosos de malignidad (“*Imagen no nodular BIRADS 4*”) en el CSE de la mama derecha.

De nuevo se la sometió a una ecografía mamaria el 24 de septiembre de 2018, en la que se llevó a cabo una biopsia en el cuadrante superior de la mama derecha, en la que se encontraban las calcificaciones, y donde se observaba una zona de ecogenicidad más heterogénea.

Con posterioridad, el 5 de octubre, se realizó la prueba de anatomía patológica de la biopsia, que ofreció como resultados cilindros de tejido mamario con muy pequeños focos de carcinoma ductal infiltrante, moderadamente diferenciado.

La reclamante destaca que en muy poco tiempo la mamografía-ecografía ofreció un resultado de BIRADS 3, y que cuando se efectuó la RMN mamaria ya era BIRADS 4 (hallazgos sospechosos de malignidad), y se volvió a realizar una ecografía y un estudio anatomico-pathológico de la biopsia.

Añade seguidamente que, después de que hubiese transcurrido 1 mes y 15 días desde que se la remitió a la Unidad de Mama, se decidió el 26 de octubre de 2018 que se tenía que operar porque presentaba un carcinoma ductal infiltrante. Se le efectuó entonces una mastectomía ahoradora de piel y biopsia selectiva de tres ganglios con macrometástasis. Señala también que se le informó de que no había sido posible reconstruirle la mama debido al estado tan grave en que se había encontrado.

La interesada resalta lo rápidamente que se extendió el tumor hasta convertirse en un carcinoma, sólo 5 meses después de que apareciesen los síntomas de retracción del pezón, dolor y prurito que la alarmaron.

De igual modo, informa de que el Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) le concedió el 20 de diciembre de 2019 una discapacidad del 40% por cáncer de mama y trastorno adaptativo y que sigue en tratamiento médico y sin posibilidades de curación. También aduce que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) resolvió el 5 de febrero de 2019 que el cuadro clínico residual de carcinoma ductal infiltrante moderadamente diferenciado de mama derecha es una patología en tratamiento, y se le concedió una incapacidad permanente, en grado absoluto.

Expone seguidamente que continua con tratamiento oncológico de quimioterapia, sometida a pruebas complementarias, a revisiones con el cirujano plástico, y en tratamiento psicológico.

La reclamante destaca, asimismo, que el 11 de junio de 2019 padecía astenia, que estaba decaída y preocupada. Y pone de manifiesto que experimenta una pérdida de peso en el brazo derecho por el linfedema, que le provoca una limitación funcional por la que no puede coger peso ni realizar movimientos bruscos. Además, relata que sufre dolor de tipo neuropático en la zona quirúrgica, y que acude a psicoterapia y a todas las revisiones periódicas necesarias con distintos especialistas, lo que confirma que no se ha curado.

A continuación, expuesto de manera sintética, argumenta que se incurrió en una pérdida de oportunidad terapéutica, porque en su Centro de Salud no se realizaron las pruebas seriadas y continuas a las que se refieren los protocolos de actuación ante síntomas de alarma por un posible cáncer de mama. Insiste en que la falta de cumplimiento del citado protocolo ha incidido de manera relevante sobre el pronóstico y su esperanza de vida, ya que se hubiese podido detectar el tumor 6 meses antes.

De hecho, considera que, en su caso, y desde que comenzó a sufrir los síntomas, se tardó 7 meses (de abril a octubre) en realizarle la biopsia que era necesaria para confirmar que padecía un carcinoma ductal infiltrante.

Argumenta que cuando el retraso es superior a 3 meses el pronóstico es peor y también mayor el grado de severidad del daño causado.

Por otro lado, admite que el estadio del tumor no hubiera modificado el curso normal de la enfermedad, pero reitera que se produjo una pérdida de oportunidad terapéutica, de modo que podía haber aumentado la esperanza y su calidad de vida, dado que podría haber tenido expectativas de tratamiento.

Seguidamente, expone que, para acreditar la mala praxis que alega, encargó a la Dra. D.^a Y, master en Valoración del Daño Corporal, que elaborara un informe pericial, que ésta realizó el 10 de enero de 2020.

En ese informe concluye la médica que, a pesar de los síntomas que presentaba (pezón retráido y prurito en la zona), se la examinó en la Unidad de Mama por vez primera el 10 de septiembre de 2018, esto es, 5 meses más tarde de que aparecieran los síntomas mencionados.

Así pues, entiende que la pérdida de oportunidad está motivada por la realización tardía de las pruebas diagnósticas, que le causaron daños a la paciente y un empeoramiento del pronóstico y de la supervivencia.

Por último, destaca que el pronóstico depende de la extensión de la enfermedad en el momento en que se detecte, y que conseguir un diagnóstico precoz es la mejor vía para mejorar las posibilidades de curación. Asimismo, advierte que uno de los mayores factores de riesgo para el desarrollo de una metástasis es el aumento del tamaño del tumor, y que se considera que un período de 2 meses y medio puede ser suficiente para que un

tumor pase de un T1 (< 2 cm) a un T2 (2-5 cm). También, que un período de 6 meses es suficiente para que el tumor avance.

Por lo que se refiere a la valoración del daño, la fija a tanto alzado en la cantidad de 80.000 €, de conformidad con lo que se suele reconocer en las sentencias que declaran que se ha producido una pérdida de oportunidad.

Acerca del plazo de ejercicio de la acción se resarcimiento, sostiene que la presenta en el plazo de un año desde que se manifestó el efecto lesivo ya que no se ha curado, como se expone en el informe pericial que aporta.

También, por el hecho de que el alcance de las secuelas se determinó por el IMAS cuando resolvió que sufría una discapacidad del 40%.

Por último, la interesada adjunta con su escrito copias de numerosos documentos de carácter clínico, entre ellos de un informe psicológico fechado el 5 de noviembre de 2018 y de otro de Salud Mental suscrito el 2 de diciembre de 2019; de la Resolución del Director Provincial del INSS, de 5 de marzo de 2019, por la que se le concede la pensión de incapacidad permanente absoluta y de otra del IMAS en la que, el 20 de diciembre de 2019, se le reconoce con efectos desde el 13 de mayo anterior un grado de discapacidad del 40%, y del informe médico-pericial ya referido.

SEGUNDO.- La reclamación se admite a trámite el 2 de noviembre de 2020 y al día siguiente se informa de este hecho a la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud (SMS) para que lo comunique a la compañía aseguradora correspondiente.

De igual forma, con esa última fecha se solicita a la Dirección Gerencia del Área II de Salud que remita una copia de las historias clínicas de la interesada, tanto de Atención Primaria como Especializada, y los informes de los facultativos que la asistieron.

También se solicita esa misma documentación e información a la Gerencia de Salud Mental-Hospital Psiquiátrico Román Alberca de Murcia.

TERCERO.- El 9 de noviembre de 2020 se reciben las copias de tres Informes Asistenciales de Psiquiatría y de otros tres Informes Psicológicos firmados por la psicóloga clínica D. Z los días 5 de noviembre de 2018, y 23 de enero y 2 de diciembre de 2019.

En este último informe se expone lo siguiente:

“MOTIVO DE CONSULTA: Paciente remitida por Cirugía Plástica dentro del Programa de Enlace de Psicología Clínica con la Unidad de Mama.

EVALUACIÓN: La paciente inició tratamiento psicológico en noviembre de 2018, ya que presentaba sintomatología ansioso-depresiva desde el diagnóstico de la enfermedad oncológica, agravado por las secuelas tras los diferentes tratamientos y complicaciones. Presenta antecedentes de Trastorno Depresivo tratado en el Centro de Salud Mental con tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico. En este momento ha aumentado el malestar psicológico, y cumple criterios de Trastorno Depresivo. Continúa con el tratamiento psicofarmacológico en Salud Mental, y además debe continuar con el tratamiento psicológico.

CONCLUSIÓN: La paciente sufre un Trastorno Depresivo, presentando un malestar psicológico clínicamente significativo que requiere tratamiento psicológico y psicofarmacológico”.

CUARTO.- Después de que el órgano instructor reiterara la solicitud de documentación e información el 17 de febrero de 2021, el 25 de marzo siguiente se reciben las copias de las historias clínicas de Atención Primaria y Especializada que se habían requerido.

QUINTO.- El 16 de abril de 2021 se recibe el informe elaborado el día 9 de ese mes por el Dr. D. P., facultativo especialista del Servicio de Cirugía Plástica del Área II de Salud.

En él, se ofrece una exposición detallada de la asistencia que se le dispensó a la reclamante en la Unidad de Mama del Complejo Hospitalario de Cartagena.

De igual modo, agrega los siguientes comentarios y conclusiones:

"1. En relación al Hecho Primero de la reclamación, hacer constar que el sistema BI-RADS es un método para clasificar y categorizar los hallazgos radiológicos estableciendo un grado de sospecha en el diagnóstico. Así, de manera resumida, decir que el grado 0 indica que el estudio no es valorable hasta que no se hagan más pruebas, el 1 estudio normal, el 2 hallazgo benigno, el 3 hallazgo probablemente benigno, el 4 hallazgo sospechoso de malignidad, el 5 hallazgo altamente sospechoso de malignidad, y el 6 hallazgo maligno confirmado por biopsia. Aclarar que el grado BI-RADS puede variar con los diferentes tipos de prueba diagnóstica (ecografía, mamografía, resonancia ...), con la impresión de diferentes radiólogos, y por supuesto, con los diferentes momentos en los que se realice. Por tanto, una determinada prueba radiológica no "sube" de 0 a 3 en unos días, o a 4 en poco tiempo. Lo que indica es que en un determinado momento y con una prueba determinada, se establece un grado de sospecha según establezca un determinado observador (el radiólogo en este caso).

2. En el Hecho Tercero se indica que la decisión de la cirugía se toma 1 mes y 15 días después de llegar a la Unidad de Mama, cuando se obtiene el resultado de la linfografía (realizada el 25/10/2018). En realidad, la indicación quirúrgica se sienta cuando se completa el estudio (5/10/2018) y se confirma el plan en Comité (a fecha 15/10/2018), y no cuando se realiza la linfografía que es una maniobra técnica que forma parte del proceso de BSGC (es preciso inyectar a la paciente el día previo, para realizar la BSGC al día siguiente en la cirugía). Según la Vía Clínica de 2020 de la Sociedad Española de Senología y Patología Mamaria (SESPM), se considera no obstante como correcto el intervalo de 1 mes y 15 días desde la primera visita en la Unidad de Mama hasta el primer gesto terapéutico.

3. Hecho Cuarto: Hacer notar que la intervención quirúrgica se realizó el 26/10/2018 y no el 28. La información sobre la posibilidad de reconstrucción INMEDIATA y sus contraindicaciones se dio el 15/10/2018 con el resto de información sobre el proceso terapéutico, 11 días antes de la cirugía, en el mismo acto en el que la paciente firmó los consentimientos informados. Ese día (y no en Reanimación tras la intervención) se informó que el resultado de la BSGC condiciona la realización o no de reconstrucción INMEDIATA, ya que la positividad de la prueba constituye una indicación de RT, la cual aumenta la probabilidad de fracaso de la reconstrucción INMEDIATA tal y como se ha indicado antes. La desestimación del gesto reconstructivo inmediato se ve condicionado por la necesidad de RT posterior y no por la gravedad del proceso. No obstante, también se informó de que la reconstrucción siempre puede hacerse de manera diferida cuando no es posible de manera inmedia ta.

4. Hecho Quinto: Hacer notar que en la actualidad la paciente no sigue con tratamiento de Quimioterapia (que fue terminado el 11/04/2019), sino con Hormonoterapia.

5. Hecho Noveno: La citación en la Unidad de Mama no sufrió un retraso debido a una disminución del personal administrativo y médico durante el verano. La cita se genera de manera automática desde el Centro de Salud al ser solicitada la interconsulta, en este caso con prioridad normal. Emitida el 13/08/2018 y citada automáticamente el 12/12/2018, fue precisamente el personal de la Unidad de Mama quien adelantó de manera manual la cita al 10/09/2018.

CONCLUSIONES

- La paciente (...) fue remitida con prioridad normal desde Atención Primaria a la Unidad de Mama del Hospital General Universitario Santa Lucía.

- En nuestro Centro fue diagnosticada de un carcinoma de mama y se estableció una estrategia terapéutica adecuada según los protocolos actuales y consensuada en el Comité Multidisciplinar de Patología Mamaria de la Unidad de Mama de este Hospital.

- El intervalo temporal desde la primera consulta en la Unidad de Mama del Hospital Santa Lucía hasta el inicio del tratamiento, se ajusta a las recomendaciones para una práctica de calidad en patología mamaria reflejadas en la Vía Clínica de la Sociedad Española de Senología y Patología Mamaria (SESPM) publicada en 2020.

- La paciente ha sido atendida en esta Unidad de Mama con rigor científico y asistencial, siendo informada en todo momento y plazo en función de la evolución del proceso, desde la sospecha clínica, pasando por el diagnóstico y todos tratamientos recibidos, hasta la reconstrucción mamaria diferida ya realizada.

- En la actualidad continúa en seguimiento, con una evolución favorable en todos los parámetros analíticos y radiológicos.

- Desde el punto de vista de la cirugía presenta las secuelas cicatrales esperables en este proceso y un linfedema moderado en miembro superior derecho como efecto adverso habitual de la linfadenectomía axilar + RT que la paciente precisó. No obstante, la paciente presenta un buen resultado en la mama reconstruida y está incluida en lista de espera quirúrgica para completar la simetría mamaria y terminar el proceso de recuperación de la imagen mamaria".

SEXTO.- Con fecha 30 de abril de 2021 se recibe el informe suscrito por el Dr. Q, Médico de Familia en Centro de Salud Cartagena Casco, el día 21 de ese mes, en el que da cuenta de las distintas asistencias que se le dispensaron a la reclamante en dicho centro sanitario. También concluye que "en ningún momento, en base al resultado de las pruebas diagnósticas iniciales, la paciente estuvo desatendida ni se retrasó la petición de ninguna de ellas".

SÉPTIMO.- El 4 de mayo de 2021 se remiten sendas copias del expediente administrativo a la Inspección Médica y a la correduría de seguros del SMS para que se puedan realizar, en su caso, los informes valorativo y pericial correspondientes.

OCTAVO.- El 22 de noviembre de 2021 se recibe una copia del Decreto dictado el día 18 de ese mes por el Letrado de la Administración de Justicia en los trámites del procedimiento ordinario núm. 462/2021 que se sigue ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

En su virtud, se admite a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la reclamante contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada. De igual modo, se solicita que se aporte el expediente administrativo y que se emplace a los interesados en el procedimiento.

NOVENO.- El 1 de marzo de 2022 se recibe el extenso informe realizado por la Inspección Médica el día 28 de febrero anterior. En este documento se exponen las siguientes conclusiones:

"1. La paciente acudió a su Centro de Salud al detectarse ella misma una retracción del pezón en su mama derecha, lo que inició todo el proceso diagnóstico diferencial que se inició en mayo de 2018 (11-04-18), y finalizó

en octubre de 2018 (05-10-2018) con el informe anatopatológico que estableció la existencia de un Carcinoma ductal infiltrante moderadamente diferenciado luminal B de mama derecha con la clasificación inicial de cT2N0M0 aunque tras la intervención quirúrgica realizada (Mastectomía Ahorradora de Piel + Biopsia Selectiva del Ganglio Centinela, Linfaadenectomía axilar) ofrece resultados también de afectación metastásica en los tres ganglios extraídos.

2. El proceso diagnóstico que se inició en el Centro de Salud fue correcto y conforme a las Vías y conocimientos del momento conforme a la Lex Artis. Se inicia con la indicación y realización (27 días tras indicación) de Mamografía bilateral diagnóstica donde apreciaban mamas de alta densidad, y se calificaba como situación BIRADS "0" recomendando realizar ecografía mamaria complementaria por la alta densidad mamaria y debido a los hallazgos.

3. La ecografía mamaria -prescrita y realizada (32 días después)- concluyó un resultado de BIRADS III (98% benignidad) y se aconsejó tal y como se indica en los protocolos consensuados una actitud de seguimiento y control consistente en: control ecográfico semestral durante dos años, con mamografía anual. Además, en la prueba se detecta Quiste [de] 4mm [en] mama derecha en posición retro areolar, nódulo sólido neto 4 mm de baja sospecha en zona retro y supra-aerolar de mama.

4. Los ulteriores hallazgos y resultados diagnósticos ponen claramente de manifiesto que se produjo un "falso negativo" en la metodología BIRADS en dicho momento del episodio sufrido por la paciente y por tanto una clasificación no ajustada a la realidad. Estos falsos negativos, están descritos y aceptados como tales en la literatura médica y constituyen un porcentaje no del todo mínimo, cuando se aplica la metodología BIRADS. Esta metodología implantada, seguida y aceptada internacionalmente desde el punto de vista científico-médico, (clasifica y pronostica según los estudios de imagen) y por tanto correcta desde el punto de vista de las guías, vías y la correcta Lex Artis del momento.

5. La paciente volvió, en acertada decisión, a acudir a su centro de salud (40 días después de fijar e informar de la planificación prevista de control mediante eco-mamaria una vez transcurran seis meses) por entender como así era, que persistía la sintomatología en pezón y prurito en la zona y en una situación de ansiedad y preocupación. La facultativa de Atención Primaria (en sustitución del titular, por vacaciones) solicitó y derivó en forma inmediata con prioridad normal (los resultados de los informes diagnósticos previos indicaban normalidad y sólo seguimiento) a la paciente a la Unidad de Mama del Hospital a la paciente. La cita adjudicada inicialmente fue fechada para cuatro meses después, pero a solicitud de la paciente se resolvió realizarla [y] tuvo lugar 28 días después de la petición de interconsulta y 10 días después de la petición de adelanto de la paciente.

6. Tres días, tras la consulta inicial en la Unidad de Mama del Hospital, se realiza por el Servicio de Radiodiagnóstico del HGUSL estudios de imagen (Mamografía y Ecografía) con resultado de "BI-RADS 3 -probablemente benigno 98%"- pero ante una distribución segmentaria se recomienda realización de RMN. El hallazgo de calcificaciones segmentarias y el nódulo inicial determinaron en los facultativos una actitud diagnóstica cautelosa que se materializó en la petición de una RM mamaria complementaria para alcanzar también como se indica en las guías una mayor precisión diagnóstica. Tras 5 días después de la mamografía + ecografía, la RMN ofrece resultados de BI-RADS 4 (sospechoso de malignidad) ante lo que se indica biopsia de aguja gruesa BAG, que tiene lugar 6 días tras RM mamaria previa firma de consentimiento informado.

El informe anatopatológico de la muestra extraída vía BAG, 11 días después de esta califica u obtiene un diagnóstico histopatológico definitivo de Carcinoma ductal infiltrante moderadamente diferenciado luminal B.

7. Las decisiones sobre las pruebas diagnósticas y la secuencia de las mismas indicadas por los facultativos de la Unidad de Mama del Hospital General Universitario Santa Lucía son correctas y adecuadas a la lex artis así como el tratamiento adoptado tras su paso por el Comité Multidisciplinar de Tumores.

8. Los tiempos transcurridos entre las pruebas indicadas tras la consulta en la Unidad de Mama y la intervención quirúrgica terapéutica están en el límite superior de conformidad a lo indicado como recomendaciones en la “Vía Clínica de Cáncer de Mama” 2020, 1^a edición, elaborado por la Sociedad Española de Senología y Patología Mamaria de España, aunque superan en 4 días el límite máximo de 6 semanas entre el diagnóstico primario objeto de la intervención quirúrgica hasta el día en la cual ésta tiene lugar.

9. Aun concurriendo en este caso un diagnóstico inicial bajo la consideración de falso negativo, que condujo a una prolongación no deseada de la incertidumbre y falta diagnóstica, no se aprecian actitudes o conductas diagnóstico-terapéuticas que puedan ser consideradas mala praxis o dilación provocada por mal funcionamiento asistencial. Se reaccionó a la luz de los hallazgos diagnósticos confirmados en cada momento de forma correcta conforme la sospecha derivada de éstos”.

Con fecha 10 de marzo se envía una copia de este informe al órgano jurisdiccional ya mencionado y un día más tarde a la correduría de seguros del SMS.

DÉCIMO.- El 16 de marzo de 2022 se concede audiencia a la reclamante y a la compañía de seguros interesada para que puedan formular alegaciones y presentar los documentos y justificantes que consideren convenientes.

UNDÉCIMO.- El 28 de julio de 2022 se recibe un escrito remitido por un responsable de la compañía *Berkshire Hathaway Specialty Insurance* en el que se argumenta que cuando se habla de un carcinoma se hace alusión a un daño permanente, puesto que la supuesta pérdida de oportunidad que puede ocasionar un retraso diagnóstico, queda establecida en la fecha en que éste se produce.

En este sentido, se recuerda que el 5 de octubre de 2018 se conoció el diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante de mama al que ya se ha hecho mención, por lo que, desde entonces, la interesada pudo haber presentado la reclamación.

A esto se añade que el 26 de octubre se le hizo la mastectomía que asimismo se ha referido, y que la biopsia resultó positiva (afectación de los tres ganglios extraídos), por lo que se le efectuó una linfadenectomía axilar y se desechó la posibilidad de efectuar una reconstrucción inmediata. En consecuencia, se reitera que incluso desde la fecha de alta de esa última intervención (27 de octubre de 2018), la paciente conocía el diagnóstico definitivo y sabía las lesiones que debía soportar.

Por último, se destaca que el estado de la reclamante no ha variado con los años y que por ese motivo se debe entender que la acción se encontraba prescrita cuando se interpuso el 8 de octubre de 2020, motivo por el que se debe desestimar la reclamación sin necesidad de tener que entrar a valorar el fondo del asunto.

DUODÉCIMO.- Con fecha 31 de agosto de 2022 se formula propuesta de resolución desestimatoria porque la reclamación se presentó fuera de plazo y porque no concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

De manera concreta, en el Fundamento Jurídico Cuarto de la citada propuesta se sostiene que el *dies a quo* del plazo de prescripción se puede fijar en el 27 de octubre de 2018, porque fue entonces cuando la interesada recibió el alta hospitalaria. Se añade que no cabe duda de que la reclamación se presentó cuando se había superado el plazo ya citado, por lo que se debe concluir que la solicitud de indemnización es extemporánea.

No obstante, en los siguientes Fundamentos Jurídicos de la propuesta de resolución (del Quinto al Décimo), se entra a analizar el fondo del asunto, aunque se razona que, del análisis de la documentación clínica aportada al procedimiento, de los informes médicos incorporados y, en particular, del de la Inspección Médica, se deduce que se emplearon todos los medios diagnósticos de forma correcta, a su debido tiempo y en atención al estado del saber y las concretas circunstancias del caso. Por estos motivos, se considera que no procede aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 22 de septiembre de 2022, y un CD presentado al día siguiente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, dado que versa sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en los artículos 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento seguido.

I. La reclamación se ha formulado por una persona interesada que es quien sufre los daños personales, físicos y psíquicos, por los que solicita que se le reconozca el derecho a percibir una indemnización.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. No obstante, se advierte que se ha sobrepasado con exceso el plazo de tramitación previsto en el artículo 91.3 LPACAP.

TERCERA.- Acerca del plazo de presentación de la reclamación: Interposición temporánea de la acción de resarcimiento.

Con carácter previo, se debe analizar la concurrencia o no del requisito temporal que se establece legalmente. Así, en relación con él, el artículo 67.1 LPACAP dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

El representante de la compañía aseguradora considera (Antecedente undécimo de este Dictamen) que el daño por el que reclama la interesada, la pérdida del seno derecho debido a un tumor, reviste el carácter de permanente, dado que estas lesiones se pueden evaluar desde que se producen, porque son inalterables. Y por ello argumenta que el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de resarcimiento se puede fijar en el 27 de octubre de 2018, que fue cuando la interesada recibió el alta hospitalaria después de la intervención. Y esa misma apreciación se reproduce en la propuesta de resolución que aquí se analiza, y que sirve como primer motivo de desestimación de la reclamación.

Con independencia de que se olvida en los dos casos que en ese momento la reclamante no había recibido el alta médica, después de que se hubiese sometido a las revisiones que hubieran permitido confirmar que estaba curada, también se omite que no sólo reclama por ese daño personal de carácter físico, sino también por otro daño personal, pero en este caso de carácter psíquico, como es el trastorno depresivo que le ha provocado esta

situación, y de la que seguía siendo tratada cuando solicita una indemnización.

De hecho, el 2 de diciembre de 2019, la reclamante seguía en tratamiento psicológico y farmacológico y, por tanto, en una interpretación estricta, aún no había empezado a transcurrir el citado plazo de prescripción. Así pues, no cabe duda de que la acción de resarcimiento se interpuso el 8 de octubre de 2020 dentro del plazo establecido al efecto y, por ello, de forma temporánea.

Al margen de esto, no resulta necesario recordar que este Consejo Jurídico ya ha señalado (por todos, en los Dictámenes núms. 259/2017 y 231/2022) que no es adecuado, como pretende la interesada, fijar como momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción resarcitoria el de la fecha de una resolución administrativa o judicial de reconocimiento de minusvalía o incapacidad laboral, por cuanto esas resoluciones no hacen sino constatar situaciones personales previas, que ya se habrían manifestado clínicamente con anterioridad.

Así pues, procede entrar a analizar el fondo del presente asunto.

CUARTA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los criterios que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española, según el cual “*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. Por otra parte, el Texto Constitucional (artículo 43.1) también reconoce “*el derecho a la protección de la salud*”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, recogidos por los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), y desarrollados por abundante jurisprudencia, son los siguientes:

1. La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas.
2. Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
3. Ausencia de fuerza mayor.
4. Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios; es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo con sujeción a la denominada *lex artis ad hoc*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para 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 (STS, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2002) . La *lex artis*, por tanto, cuando del ámbito sanitario se trata, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública, y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la *lex artis*; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

QUINTA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Como se ha expuesto, la reclamante solicita que se le reconozca el derecho a recibir una indemnización de 80.000.-€ porque considera que en su caso se perdió la posibilidad de que se le hubiese diagnosticado con mayor celeridad el carcinoma ductal infiltrante que padecía en su seno derecho, que se le tuvo finalmente que extirpar. A este daño personal de carácter físico agrega también, según ya se ha expuesto, el daño de carácter psíquico provocado por un trastorno depresivo del que no se había curado en el momento en que presenta la reclamación.

En consecuencia, la interesada alude a lo que se conoce en la jurisprudencia y en la doctrina consultiva recientes como una pérdida de oportunidad, que consiste, en esencia, en indemnizar no tanto la producción efectiva de un daño como en considerar como tal la mera posibilidad de que, si la Administración sanitaria hubiese actuado de otra manera, ella hubiese tenido la posibilidad *u oportunidad* de haber obtenido un resultado distinto y más favorable para su vida o para su integridad física.

La aceptación de esta doctrina viene a suponer, en consecuencia, la indemnización de unos daños hipotéticos, que no son entonces los reales y efectivos que integran uno de los requisitos necesarios para que se pueda declarar la responsabilidad extracontractual de la Administración sanitaria. En estos casos, conviene insistir, lo que se indemniza no son tanto daños reales como la posibilidad de que, si se hubiese actuado de una forma diferente a como se actuó, la evolución hubiese sido también distinta y más favorable.

En estos supuestos, el derecho a la indemnización nace de la apreciación de la especial y destacada antijuridicidad de esos daños (hipotéticos), más que de una actuación sanitaria contraria a la *lex artis ad hoc*. Como prueba de ello, el Tribunal Supremo ha señalado, en su Sentencia de 24 de noviembre de 2009, que la pérdida de oportunidad se configura como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio.

Por tanto, la pérdida de oportunidad se puede definir, de acuerdo con lo que se hace, entre otras, en la Sentencia del citado Alto Tribunal de 7 de julio de 2008 (recurso de casación núm. 4476/2004), como *"la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio""*.

O como se afirma en la Sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 21 de febrero de 2008 (recurso de casación núm. 5271/2003), la doctrina de la pérdida de oportunidad consiste en que no se haya “*dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible*”.

De manera mayoritaria, la doctrina de la pérdida de oportunidad se vincula con supuestos de retrasos diagnósticos, en los que se considera que, si se hubiese obtenido un juicio valorativo más precoz y acertado, se hubiese podido conseguir un mejor pronóstico, un mejor tratamiento o una mejor calidad de vida para el enfermo.

De hecho, la reclamante sostiene que en su caso se incurrió en una pérdida de oportunidad *terapéutica* porque en su Centro de Salud no se le realizaron las pruebas seriadas y continuas a las que se refieren los protocolos de actuación ante síntomas de alarma por un posible cáncer de mama. También considera que, en su caso y desde que comenzó a experimentar los síntomas que se han descrito, se tardó 7 meses (de abril a octubre) en realizarle la biopsia que era necesaria para confirmar que padecía un carcinoma en su seno derecho.

En este sentido, entiende que en muy poco tiempo (en realidad, entre el 13 y el 18 de septiembre de 2018) se pasó de un resultado benigno de BIRADS 3 a otro de BIRADS 4, sugestivo de malignidad. Y que desde que se la remitió a la Unidad de Mama del HGUSL, el 13 de agosto de 2018, hasta que se la operó el 26 de octubre siguiente del carcinoma mencionado, sólo transcurrió un 1 mes y 15 días. Con ello, parece dar a entender que el cáncer era muy agresivo y que se extendió de una forma muy rápida. Asimismo, manifiesta que, al haberse demorado el diagnóstico más de 3 meses, el daño que sufrió fue más severo de lo que hubiese podido ser en un momento anterior y, también por eso, que por esa demora se le tuvo que extirpar la mama.

Por último, mantiene que la falta de cumplimiento de los protocolos que eran de aplicación incidió de manera relevante (y desfavorable) sobre el pronóstico y su esperanza de vida, y que podría haber tenido otras expectativas de tratamiento, que hubieran supuesto -hay que presumir- que no se le hubiese tenido que realizar dicha mastectomía.

II. Pues bien, no obstante lo que alega la interesada, lo cierto es que no ha llegado a concretar en algún momento cuál fue el protocolo, la guía o las vías que se pudieron haber vulnerado, en su caso, el tratamiento distinto de la extirpación que se hubiese podido implantar y, sobre todo, cuál fue la posibilidad de actuación que se pudo haber perdido en este caso, debido a ese alegado retraso diagnóstico. De forma concreta, pues, debería haber cuantificado el daño hipotético que se le haya podido provocar, esto es, la expectativa de que se hubiese podido actuar de otro modo y que se pudo haber frustrado por la falta de una debida atención sanitaria.

En este sentido, hay que recordar que el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable asimismo en el ámbito de los procedimientos administrativos, impone al reclamante “*la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda*”.

Y es que no basta con alegar de manera general y abstracta, con fundamento en el informe pericial que encargó, que se ha considerado que un período de 2 meses y medio puede ser suficiente para que un tumor pase de un tamaño de menos de 2 cm a otro de entre 2 y 5 cm. O que un período de 6 meses es suficiente para que el estadio del tumor avance.

De manera contraria, la Administración sanitaria ha traído al procedimiento la historia clínica completa de la reclamante, de Atención Primaria, de Salud Mental y de Atención Especializada. De igual modo, el informe del facultativo del Servicio a cuya actuación se imputa la comisión del daño y, de manera destacada, un extenso informe de la Inspección Médica.

Se debe resaltar que de la simple lectura de la citada documentación clínica se deduce con facilidad que desde que la interesada acudió a su Centro de Salud hasta que fue intervenida se le realizaron una mamografía, tres ecografías mamarias, una mamografía-ecografía mamaria, y una resonancia magnética nuclear.

No parece, por tanto, que se le dejaras de realizar las pruebas que resultaban obligadas en su caso, y que se pueda hablar, por tanto, de pérdida de oportunidad. Otra cosa distinta es que, pese a ello, dichas pruebas no hubieran permitido en su caso determinar la existencia del carcinoma.

Conviene recordar, según se ha expuesto, la dificultad que implica para ello una alta densidad mamaria, que es

una circunstancia que aquejaba a la reclamante, y el hecho de que la metodología BIRADS no impide que se produzca, como en este caso, un falso negativo. Como explica la Inspección Médica en su informe (Antecedente noveno de este Dictamen), esta posibilidad está contemplada en la literatura médica y se ajusta a lo que se prevé en las guías, en las vías, y en la normopraxis exigible (Conclusión 4^a). De ello se puede concluir que, por si solo considerado, no implica tampoco lesión alguna de la *lex artis ad hoc*.

Y es que, como se ha expuesto de manera reiterada en otros Dictámenes de este Consejo Jurídico, la actuación médica implica una obligación de medios, no de resultados. Esta exigencia implica que se deban aplicar al paciente todos los medios disponibles para el diagnóstico y tratamiento y que se deba entender contraída al contexto del momento y de las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a la luz de los síntomas que presenta el paciente y de las probabilidades, en función de éstos, de que pueda padecer una determinada patología.

De manera similar, el Dr. P expone en su informe (Antecedente quinto) que el grado BIRADS puede variar con los diferentes tipos de prueba diagnóstica que se empleen y según los momentos en que se realicen. Por tanto, está claro que el diagnóstico no varió de una fecha a otra, sino que fue en un momento concreto, con la resonancia magnética nuclear, cuando ya se pudo determinar con precisión el grado de malignidad del tumor que afectaba a la reclamante, pues hasta entonces no había sido posible.

De lo expuesto sólo cabe concluir que las pruebas diagnósticas se realizaron en la secuencia correcta y con plena sujeción a la *lex artis* (Conclusión 7^a del informe de la Inspección Médica), con una demora de sólo cuatro días sobre lo que se indica al efecto en la vía de aplicación, en la realización de la cirugía (Conclusión 4^a), y que no se omitió ninguna de las que resultaban precisas. Hay que destacar que dicho retraso no reviste trascendencia alguna en este supuesto, en el que se reclama por una supuesta pérdida de oportunidad y no por una posible infracción de la normopraxis.

Por tanto, como sostiene la Inspección Médica, aunque en este caso se alcanzó un diagnóstico inicial equivocado por la obtención de un falso negativo, que condujo a una prolongación no deseada de la incertidumbre y a la falta de una valoración correcta, no se aprecian actitudes o conductas diagnóstico-terapéuticas que puedan ser consideradas mala praxis o dilación provocada por un mal funcionamiento asistencial, como tampoco falta de utilización de medios o de realización de las pruebas que resultaban necesarias para tratar de conseguir dicho diagnóstico. Por el contrario, se ha acreditado que se reaccionó en cada momento a la luz de los hallazgos diagnósticos que se habían confirmado (Conclusión 9^a).

En consecuencia, no se aprecia que exista una relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños que se alegan, ni que, lo que es más relevante, que éstos revistan un carácter antijurídico, lo que debe conducir a la desestimación de la reclamación formulada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina de manera desfavorable la propuesta de resolución en tanto que se propone en ella, en primer lugar, la desestimación de la reclamación formulada por haberse interpuesto la acción de resarcimiento cuando ya estaba prescrita, de acuerdo con lo que se explica en la Consideración tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- No obstante, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria en la medida que también se sostiene en ella que no concurren los demás elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional. En particular, por no existir relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento normal del servicio sanitario regional y los daños por los que se reclama, cuyos caracteres antijurídicos tampoco se han demostrado convenientemente.

No obstante, V.E. resolverá.

