



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 159/2023

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 30 de mayo 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 28 de marzo de 2023 (COMINTER núm. 82549), sobre responsabilidad patrimonial instada por D.ª X, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2023_098), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, D.ª X presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional por los daños que dice haber sufrido como consecuencia del funcionamiento de un servicio público de su titularidad.

Relata la reclamante que, el 22 de septiembre de 2020, se sometió a una mamografía en la Asociación Española contra el Cáncer, acudiendo a la llamada que se le hizo desde la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Salud, en el marco del programa de cribado de cáncer de mama que desarrolla dicho órgano. Al llegar a la cita, la paciente informó que era portadora de prótesis de mama, manifestando sus dudas acerca de si podía realizarse la prueba, a lo que el personal sanitario que iba a llevarla a cabo le contestó que sí, que la hacían con menos intensidad y que no pasaba nada, por lo que accedió a someterse la prueba.

Pasados unos días empezó a sentir molestias en la mama derecha, por lo que el 7 de octubre de 2020 acudió a urgencias *“con mucho dolor, el pecho inflamado y con fiebre en el mismo”*. Se le pauta tratamiento farmacológico con antiinflamatorios y antibiótico.

El 8 de octubre acude a la Unidad contra el Cáncer para conocer los resultados de la mamografía. Le *“dicen verbalmente que está mal en relación a la prótesis”*. Al día siguiente vuelve a urgencias, siendo derivada a Cirugía de Mama del Hospital “Rafael Méndez”, de Lorca. Tras diversas pruebas (ecografía y RMN) se diagnostica una rotura intracapsular de implante mamario derecho y la paciente es derivada al Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora del Hospital Clínico Universitario “Virgen de la Arrixaca” (HUVA) de Murcia, que le ofrece la retirada de los implantes.

En atención a lo expuesto, solicita la interesada *“que dado que la rotura ha sido provocada por la mamografía realizada dentro del programa para la prevención del cáncer de mama, por la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Salud, pido que se me abonen los gastos de la operación y se me indemnice por daños físicos y psicológicos”*.

Adjunta a la reclamación diversa documentación médica y factura de una clínica privada de cirugía plástica por

importe de 4.840 euros en concepto de “*mastopexia con prótesis T invertida*”, junto a otra por importe de 100 euros, por la realización de una prueba de PCR para detección de coronavirus.

El informe del cirujano plástico que realiza la intervención, evacuado a solicitud de la interesada, es del siguiente tenor literal:

“Paciente intervenida el 26 de abril de 2021 por presentar rotura protésica derecha, tras mamoplastia de aumento con prótesis Mentor 325cc en 2012. Posible rotura protésica tras realizar mamografía mamaria. Se realiza recambio prótesis bilateral por prótesis Eurosilicone 325 cc mismo plano submuscular, con mastopexia T invertida”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, se ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico de la Consejería de Salud, que procede a comunicar a la interesada la información prescrita por el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Del mismo modo, solicita de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones el preceptivo informe del Servicio de Promoción y Educación para la Salud y una copia del historial clínico de la paciente. También se solicita dicha documentación al Centro de Salud Mental de Lorca, al Hospital “Rafael Méndez” y al HUVA, con expresa petición de informe de los facultativos intervinientes en la asistencia sanitaria dispensada a la interesada.

Idéntica solicitud se dirige a las diversas entidades privadas que participaron en la atención sanitaria de la paciente, como “--” y la AECC, con expresa petición de remisión del resultado de las prueba practicadas y copia de los estudios completos efectuados. A la AECC se le requiere, además, para que informe acerca de la aseguradora que cubre la contingencia que alega la interesada.

TERCERO.- Comunicado el 20 de octubre de 2021 a la aseguradora de la AECC (--) la reclamación, se le confiere un plazo de diez días para alegaciones, del que no consta que hiciera uso.

CUARTO.- Recibida por la instrucción la documentación e informes solicitados, destacan los siguientes:

- El de una Médico Adjunto del Servicio de Cirugía Plástica y Quemados del HUVA, que se expresa en los siguientes términos:

“Que con fecha 09-02-2021 acude a consultas externas de CPL HCUVA con diagnóstico de rotura intracapsular de implante (prótesis) mamario derecho. La paciente se había sometido en la práctica privada a una cirugía estética de mamoplastia de aumento en 2008 y en 2012 por rotura de los implantes colocados en 2008. Tras la exploración y valoración de pruebas complementarias, se le comunica a la paciente que en el ámbito de la sanidad pública, en su cartera de servicios, incluye retirar los implantes mamarios rotos, pero sin reposición de los mismos, cuando estos se han colocado por motivos estéticos en la medicina privada.

En el BOE 15 de abril de 2006, en su artículo 5, criterios y requisitos: En el punto 4 “no se incluirán en la cartera de servicios comunes:

a) Aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estético o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares”.

En el mismo BOE en el apartado 6 de implantes quirúrgicos, el 6.1 especifica que en relación a prótesis mamarias, no se consideran incluidas cuando se utilizan en intervenciones de cirugía estética que no guardan relación con accidente, enfermedad o malformaciones congénitas”.

- El de un Radiólogo de la AECC, sobre los resultados del estudio de screening de cáncer de mama de la paciente:

“Mama de predominio lipoideo, sin que se aprecie nódulos diferenciados ni signos de sospecha, ambas axilas libres. Estudio negativo para cáncer de mama. Con relación a las prótesis, se aprecian signos compatibles con contractura y/o rotura intracapsular en la derecha, prótesis mama izquierda normal. No hay imágenes de siliconomas en ambas mamas. No disponemos de estudios previos comparativos respecto a la situación de dichas prótesis”.

- El del Servicio de Promoción y Educación para la Salud, que tras relatar los antecedentes del programa de prevención el cáncer de mama en cuyo contexto se realizó la prueba y tras reproducir las alegaciones de la interesada, se manifiesta como sigue:

“- Según consta en la base de datos del programa de prevención del cáncer de mama, la reclamante ha recibido asistencia en la Unidad Móvil de Cribado 3 el 22/09/2020, a cargo de la Asociación Española Contra el Cáncer. Con resultado negativo para el cáncer emitido el 14/10/2020, sin mención en ese informe a ningún hallazgo relacionado con el estado de su prótesis de mama.

- No obstante, según informe complementario emitido por el radiólogo de la AECC en fecha 23/09/2021, la mamografía de cribado realizada el 22/09/2020 presenta hallazgo de “Mama de predominio lipoideo, sin que se aprecien nódulos diferenciados ni signos de sospecha, ambas axilas libres. Estudio negativo para Cáncer de mama. Con relación a las prótesis, se aprecian signos compatibles con contractura y/o rotura intracapsular en la derecha, prótesis mama izquierda normal. No hay imágenes de siliconomas en ambas mamas. No disponemos de estudios previos comparativos respecto a la situación de dichas prótesis”.

- Según consta en su Historia Clínica Electrónica del Servicio Murciano de Salud, hay un informe de alta de urgencias en el Hospital Rafael Méndez del 09/10/2020 por dolor en mama derecha de 3 días de evolución, donde se la remite a consultas externas de Cirugía General y Digestivo para valoración.

- Según informe de consultas externas de Cirugía General y Digestivo del Hospital Rafael Méndez del 29/12/2020, la reclamante tiene antecedente de mamoplastia con PIP en 2008, y recambio al año y medio mediante prótesis mixta de suero salino y gel cohesivo de silicona (Mentor), sin mención a otros recambios posteriores, y con diagnóstico tras estudio por ecografía y RMN de “Rotura protésica de implante mamario derecho y siliconomas axilares bilaterales”. Por lo señalado en este informe, entendemos que su prótesis mamaria podría tener antigüedad de aproximadamente 10 años en 2020. Este informe no especifica si las lesiones identificadas en la mama derecha son compatibles con una rotura antigua o inmediata a la prueba de cribado.

- Según informe de Cirugía Plástica y Reparadora del HCU Virgen de la Arrixaca del 09/02/2021, “se le explica a la paciente que en el ámbito público únicamente se retirarían los implantes”. No consta ningún plan de intervención posterior a esa fecha.

- En la Historia Clínica Electrónica del Servicio Murciano de Salud, la última revisión de sus prótesis mamarias data del 25/01/2017, mediante ecografía sin hallazgos patológicos, sin más revisiones registradas en su historia clínica hasta el 2020.

(...)

- Tal y como señala el protocolo de la Red Nacional de Programas de Cribado de Cáncer arriba mencionado, las

rupturas intracapsulares de implante mamario (como la identificada en el informe complementario) pueden ser difíciles de identificar mediante la mamografía y, por tanto, de ser advertidas y notificadas a la usuaria en los informes de cribado por mamografía.

- La duración media de una prótesis de silicona es de aproximadamente 10 años (antigüedad similar a la que parece tener la prótesis de la reclamante en 2020, según los informes disponibles), tras los cuales se puede deteriorar y generar riesgo de diversas complicaciones, incluyendo su ruptura. Riesgo que debe ser advertido a la usuaria por el servicio sanitario responsable de su implantación y, tras cuyo plazo, se requiere un seguimiento por parte del servicio sanitario que lo implantó, o cualquier otro servicio privado designado por la usuaria, si los implantes estéticos y su seguimiento no están incluidos en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.

- En función de los datos incluidos en los informes del Hospital Rafael Méndez y HCU Virgen de la Arrixaca arriba mencionados, la reclamante tenía en el año 2020 implantes de mama de aproximadamente 10 años de antigüedad, sin nueva revisión conocida desde 2017. El informe emitido por el Hospital Rafael Méndez del 29/12/2020 manifiesta el hallazgo de una rotura intracapsular en el implante de la mama derecha, compatible con los hallazgos igualmente detectados en el informe complementario del radiólogo de la AECC sobre la imagen mamográfica del cribado del 22/09/2020, sin manifestar ninguno de estos informes evidencias sobre la datación y atribución de la rotura a la técnica de cribado, o a otro evento en fecha anterior.

- Siendo que las prótesis con antigüedad igual o superior a los 10 años y sin un seguimiento regular pueden estar deterioradas sin haberlo apercibido la mujer portadora, y con los datos disponibles a esta fecha en la Unidad de Gestión del Programa de Prevención del Cáncer de Mama en la Región de Murcia, este servicio no puede emitir ningún pronunciamiento en firme respecto a la responsabilidad atribuible a la Unidad Móvil de Cribado 3 sobre el objeto de la presente reclamación".

QUINTO.- El 20 de octubre de 2021, se confiere trámite de audiencia a la aseguradora de la AECC, del que no consta que haya hecho uso.

SEXTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica (Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales), se evacua el 19 de enero de 2021, con las siguientes conclusiones:

"Dª X era portadora de prótesis mamaria bilateral tipo PIP desde el año 2008 con recambio de las mismas al año y medio; como se ha indicado anteriormente la duración media de estas prótesis es aproximadamente de 10 años y se aconseja revisión por el cirujano que realizó la intervención para valorar el estado de las mismas previo a la realización de una mamografía. No consta en la documentación aportada que se llevase a cabo dicha revisión.

Dado el modelo de prótesis (PIP) así como el tiempo transcurrido desde el implante, la situación más probable es que la prótesis ya estuviese deteriorada antes de la realización de la mamografía el 22/09/2020 (deterioro que no se detectó al realizar la prueba por la dificultad de poder ser identificado en las imágenes mamográficas) lo que incrementó el riesgo de rotura que finalmente se produjo en la prótesis de la mama derecha.

Por otra parte, las intervenciones de cirugía estética para implante de prótesis mamarias así como la atención sanitaria posterior no está incluida en la Cartera de Servicios de SNS".

SÉPTIMO.- Dado traslado del informe inspector a los interesados, la Sra. X presenta el 4 de febrero de 2022 escrito de alegaciones para precisar que *"en el informe se establece que las prótesis son del modelo PIP, no siendo así ya que las prótesis implantadas son Mentor y la fecha de operación fue el 06-06-2012, adjunto fotocopia de dichas prótesis".*

OCTAVO.- Trasladas las alegaciones actoras a la Inspección Médica, evacua informe complementario de fecha 15 de febrero de 2022 en el que concluye:

“1.- Dª X era portadora de prótesis mamaria bilateral tipo PIP desde el año 2008 con recambio de las mismas al año y medio con prótesis modelo MENTOR.

2.- Según la “Guía de Información a la Mujer del Programa de Prevención del Cáncer de Mama” las prótesis tienen una vida útil limitada, que puede oscilar entre 10 y 20 años. También la guía informa que, con el tiempo, la cápsula de las prótesis se va deteriorando y aumentando el riesgo de rotura. Por lo tanto, aunque con una probabilidad muy baja, hacer una mamografía sobre unas prótesis previamente deterioradas puede contribuir a su rotura. En ambos apartados no se hace referencia a ningún tipo de prótesis mamaria por lo que entendemos es aplicable a cualquier marca y modelo.

3.- El consejo de revisión por el cirujano que realizó la intervención para valorar el estado de las mismas previo a la realización de una mamografía está referido a las prótesis PIP, no disponemos de documentación a este respecto para las prótesis de la marca MENTOR.

4.- Tal como establece la “Red Nacional de Programas de Cribado de Cáncer”, en su “Protocolo de Manejo de Mujeres con Prótesis Mamarias en los Programas Poblacionales de Cribado” las intervenciones de cirugía estética para implante de prótesis mamarias, así como la atención sanitaria posterior, no está incluida en la Cartera de Servicios de SNS”

NOVENO.- El 16 de febrero de 2022, se remite a los interesados el referido informe complementario a efectos de alegaciones, sin que conste que aquellos hayan hecho uso del trámite.

El 21 de junio de 2022 se envía a la reclamante una copia de diversos informes médicos y del informe del Servicio de Promoción y Educación para la Salud, otorgándole un plazo para presentación de alegaciones. No consta que las haya efectuado.

DÉCIMO.- El 17 de marzo de 2023 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar la instructora que el daño alegado no es imputable a la actuación de la Administración sanitaria, sin que haya llegado a probarse por la actora la existencia de mala praxis en la realización de la senografía y sin que, en consecuencia, pueda llegar a considerarse el daño reclamado como antijurídico.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado un índice de documentos y el preceptivo extracto de secretaría, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen mediante comunicación interior del pasado 28 de marzo de 2023.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, y 81.2 LPACAP, y con dicho carácter preceptivo se ha recabado y se emite este Dictamen.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

I. Cuando de daños físicos o psíquicos a las personas se trata, la legitimación para reclamar por ellos

corresponde, de forma primaria, a quien los sufre en su persona, lo que determina que la legitimada en el supuesto sometido a consulta sea la propia paciente.

Desde otra perspectiva, la reclamante está legitimada ex artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), para pretender el resarcimiento del coste de la intervención realizada en la sanidad privada para la reposición de la prótesis, en la medida en que fue ella quien sufrió el detrimento patrimonial por el que reclama, según se acredita con la copia de las facturas expedidas a su nombre.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular del servicio público de promoción de la salud, con ocasión de cuya prestación se produjo el daño reclamado. No altera esta circunstancia el hecho de que la prestación material de asistencia sanitaria, esto es, la práctica de la mamografía a la que se imputa la rotura de la prótesis, la llevara a cabo una entidad privada, la Asociación Española Contra el Cáncer (AECC), atendida la derivación de la paciente a dicha asociación por parte de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones, como centro directivo responsable del Programa de Prevención del Cáncer de Mama.

En un supuesto que guarda evidentes similitudes con el ahora sometido a consulta, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 681/2021, de 10 de septiembre, señala en cuanto a la legitimación pasiva de la Administración autonómica que *“el Programa de Detección Precoz contra el Cáncer de Mama (DEPRECAM), es un programa cuya actividad se inicia en 1999 en la Comunidad de Madrid cuyo objetivo es la detección precoz del cáncer de mama con la finalidad de instaurar lo antes posible un adecuado tratamiento a cada caso y disminuir la mortalidad y la morbilidad de la enfermedad, siendo el órgano responsable la Consejería de Sanidad, Servicio Madrileño de Salud. Recordemos que el artículo 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece que “Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.*

II. La reclamación se ha presentado dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 67.1 LPACAP, toda vez que se ha ejercitado antes del transcurso de un año desde la realización de la mamografía, el 22 de septiembre de 2020, a la que la interesada pretende imputar los daños padecidos, y ello sin necesidad de entrar a considerar la fecha posterior de reparación del perjuicio, mediante la intervención quirúrgica de reposición de las prótesis, cuyo coste es también objeto de reclamación.

Ha de precisarse que, si bien no consta de forma fehaciente la fecha de presentación del escrito de reclamación en un registro administrativo, lo cierto es que el Servicio de Atención al Usuario del Área de Salud I remite el original de aquél al Servicio de Asesoría Jurídica el 7 de junio de 2021, por lo que en cualquier caso se habría presentado antes de esa fecha y, en consecuencia, dentro del plazo anual fijado por el artículo 67.1 LPACAP, con independencia de qué fecha de las antes señaladas se tome como *dies a quo* del plazo.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias esenciales, toda vez que constan realizados todos los preceptivos.

No obstante, sí se observa un uso ineficiente del trámite de audiencia, que ha de ser objeto de crítica. En efecto, con ocasión de la evacuación de diversos informes, singularmente los de la Inspección Médica, la instrucción ha ido dando traslado de los mismos a los interesados, confiriéndoles un plazo para la presentación de alegaciones. Con esta reiteración de trámites se pierde agilidad en el procedimiento, pues de conformidad con el artículo 82.1 LPACAP, el trámite de audiencia ha de realizarse una vez instruidos los procedimientos *“e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”*. Es decir, para no alterar el normal devenir del procedimiento, debe otorgarse un único trámite de audiencia, en ese momento procedimental preciso y cuando ya se ha ultimado la instrucción, para evitar trámites innecesarios que, aun inspirados por una finalidad garantista de los interesados, en realidad redundan en una mayor duración de los procedimientos y en su falta de agilidad. Ello no es óbice, por supuesto, a que, si una vez conferido el trámite de audiencia se incorporan al procedimiento nuevos elementos de juicio, éstos hayan de ser puestos de manifiesto a los interesados en un nuevo trámite de audiencia, para evitar su indefensión; pero, en una tramitación ordinaria y sin incidencias, el instructor ha de procurar que la audiencia a los interesados sea final, es decir, al culminar la fase de instrucción del procedimiento, y global sobre todo lo actuado, evitando el traslado reiterado y meramente parcial de documentos e informes a los ciudadanos.

Por otra parte, la reclamación presenta una pretensión indemnizatoria doble. De un lado, el resarcimiento de los costes habidos en la sanidad privada para reponer las prótesis mamarias. De otro, una indemnización por los daños personales, físicos y psicológicos padecidos por la Sra. X. En relación con este *pretium doloris*, no consta que la interesada efectuara una valoración económica del daño reclamado, como exige el artículo 67.2 LPACAP, al prescribir que en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar no sólo las lesiones producidas, sino también la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible. En consecuencia, debió la instrucción requerir a la interesada para que subsanara dicha omisión.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: *“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 (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 32 y siguientes LRJSP y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. 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 razonablemente 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.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de los disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto, responderá la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

De ahí que, como recuerda el Consejo de Estado en Dictamen 52/2020, sea doctrina jurisprudencial reiterada (por todas, Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018, rec. n.º 1016/2016) que, *“frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de*

resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento de l régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles”.

La actuación del médico ha de regirse por 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 médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 337/22, entre muchos otros, de este 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 un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la “lex artis ad hoc” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta en el caso de que se trate, 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. La “lex artis”, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

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).

Para la Administración, además de los informes de los facultativos intervinientes, de preceptiva incorporación al procedimiento ex artículo 81.1 LPACAP (10.1 RRP), su principal apoyo probatorio habrá de ser el informe de la Inspección Médica, dadas las peculiares características que reúne y que pone de manifiesto la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 430/2014, de 9 de junio, al señalar en relación con el indicado informe que *“en la valoración conjunta de la prueba se han de ponderar sus consideraciones médicas y sus conclusiones como elementos de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión de la litis, considerando que su fuerza de convicción reside, además de en su motivación y coherencia, en la circunstancia de que la Inspección Sanitaria informa con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes”.*

En esta misma línea, la STSJ Madrid, núm. 681/2021, de 10 de septiembre, sintetiza la doctrina jurisprudencial relativa a la valoración de la prueba pericial médica en procedimientos de responsabilidad patrimonial en los siguientes términos:

“En estos casos es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen.

No obstante debemos de realizar también una consideración respecto a los informes elaborados por la Inspección Sanitaria; informes que contienen también una opinión de carácter técnico, obtenida extraprocesalmente, por lo que sus consideraciones deben ser ponderadas como un elemento de juicio más en la valoración conjunta de la

prueba, debiéndose significar que los informes de los Inspectores Médicos son realizados por personal al servicio de las Administraciones Públicas, que en el ejercicio de su función actúan de acuerdo a los principios de imparcialidad y especialización reconocidos a los órganos de las Administraciones, y responden a una realidad apreciada y valorada con arreglo a criterios jurídico-legales, por cuanto han de ser independientes del caso y de las partes y actuar con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad".

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan a la Administración sanitaria.

La reclamante alega que durante la realización de una mamografía de control se le produjo la rotura de una de las prótesis mamarias que portaba, aun cuando, con carácter previo, advirtió de esta última circunstancia al personal sanitario que había de realizar la prueba. Solicita ser indemnizada por los daños físicos y psicológicos asociados a la rotura de la prótesis y un resarcimiento de los gastos habidos en la sanidad privada para la reposición de aquéllas, ya que tal prestación no se encuentra incluida en la cartera de servicios del Servicio Nacional de Salud.

De las alegaciones actoras no se infiere la existencia de una actuación facultativa contraria a la *lex artis* por parte del personal sanitario que realizó la prueba o, al menos, no se identifica qué concreta actuación o gesto médico fue contrario a normopraxis, de donde se deduce que reclama meramente por el resultado producido en la prótesis.

Ahora bien, que el daño físico se produzca con ocasión de la prestación del servicio sanitario no es determinante por sí solo de su carácter indemnizable, pues de lo contrario, como se ha apuntado en la Consideración anterior, se produciría una objetivación exorbitante de la institución de la responsabilidad patrimonial que tendría por efecto la constitución de la Administración Pública en una suerte de aseguradora universal de cualesquiera daños que sufrieran los ciudadanos con ocasión de la prestación de los servicios públicos, lo cual desnaturalizaría la figura de la responsabilidad patrimonial.

Para que un daño acaecido en el contexto de la prestación del servicio público sanitario sea indemnizable han de concurrir, además, las notas de causalidad jurídicamente adecuada y de antijuridicidad.

En efecto, para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial administrativa se necesita acreditar una adecuada relación de causalidad entre la actuación sanitaria cuestionada y los daños por los que se solicita indemnización, lo que exige, a su vez, examinar dicha causalidad desde dos perspectivas: a) una meramente fáctica, en el sentido de verificar que los daños tienen su origen en la cuestionada actuación (u omisión, en su caso) médica sin entrar a analizar inicialmente la corrección de ésta, y ello porque dicha relación causal fáctica es, junto a la acreditación de daños, un presupuesto inicial esencial del instituto de la responsabilidad patrimonial; y b) otra perspectiva, de carácter jurídico aunque ligada también a la ciencia médica, a analizar en un momento lógico posterior a la primera, que consiste en determinar si, aun proviniendo fácticamente el daño de la cuestionada actuación u omisión sanitaria, ésta fue contraria o no a la "*lex artis ad hoc*" médica, pues de no serlo la relación de causalidad entre los daños y dicha actuación sanitaria habría de considerarse como no adecuada, en términos jurídicos, a efectos de generar responsabilidad patrimonial, dada la obligación de medios y no de resultados exigible en este ámbito a la Administración sanitaria.

Pues bien, como se ha dicho, la reclamación se basa únicamente en la primera de las causalidades, es decir, en su dimensión fáctica, sin efectuar alegación alguna que permita identificar una actuación médica constitutiva de mala praxis o de una omisión de medios. En efecto, la interesada alega que con carácter previo a la prueba advirtió acerca de su condición de portadora de prótesis mamarias, por si dicha circunstancia resultaba incompatible con la prueba. Según sus propias manifestaciones, la contestación que recibió del personal sanitario fue correcta según los protocolos de actuación. A saber, que la prueba era adecuada para el cribado del cáncer de mama en pacientes portadoras de prótesis mamarias, como se recoge en el informe del Servicio de Promoción de la Salud y es confirmado por la Inspección Médica. Remiten ambos informes a la "*Guía de Información a la Mujer del Programa de Prevención del Cáncer de Mama*" que, en su capítulo 5.3 *Consejos para mujeres con prótesis mamarias* recoge que "*en las mujeres con implantes estéticos la mamografía sigue siendo el procedimiento recomendado para el diagnóstico precoz del cáncer de mama*". Así se reitera en el "*Protocolo de Manejo de Mujeres con Prótesis Mamarias en los Programas Poblacionales de Cribado*" de la Red Nacional de Programas de Cribado de Cáncer.

Además, tampoco manifiesta la interesada que durante la prueba se produjera incidencia alguna que orientara hacia un problema con las prótesis, tales como un dolor intenso, sensación de mareo, etc., ni tampoco se recoge

dificultad o queja alguna por parte de la paciente en el informe del radiólogo que llevó a cabo la prueba.

De hecho, cabe incluso plantearse si la rotura de la prótesis se produjo realmente durante la senografía (causalidad fáctica), toda vez que las molestias que hicieron sospechar a la paciente de esta eventualidad no se produjeron hasta dos semanas después de realizarse la prueba. En efecto, la mamografía se efectuó el 22 de septiembre de 2020, pero no fue hasta el 9 de octubre siguiente que la paciente acude a urgencias por dolor e inflamación en la mama, síntomas que, según se recoge en el informe de urgencias, tendrían en ese momento una evolución de tan sólo tres días. Además, no existen datos en el expediente acerca de revisiones de las prótesis en fechas cercanas previas al momento de la mamografía -la revisión más cercana se efectuó tres años antes-, que permitieran conocer o al menos presumir con un elevado grado de probabilidad que estaban íntegras al momento de someterse a la prueba. A ello se une que las prótesis se aproximaban ya en la fecha de la senografía al límite de su vida media, lo que puede facilitar su rotura por causas muy diferentes a la realización de una prueba diagnóstica, como la que se practicó. Y es que aun siendo posible que se produzca la rotura de la prótesis durante la mamografía no es nada frecuente, según se señala en los informes médicos obrantes en el expediente. Al respecto, la STSJ Madrid, Contencioso, núm. 681/2021, de 10 septiembre, pone en duda la causalidad fáctica de la rotura de un implante mamario durante una mamografía de cribado en la que se dan circunstancias similares a las del supuesto ahora sometido a consulta, con apoyo en el informe de la Inspección Sanitaria, al señalar que *“no consta acreditado que durante la práctica de la mamografía el 9 de marzo se produjera incidencia alguna, figurando únicamente “prueba BI-RADS 2”. Tal y como señala la inspección sanitaria en su informe “Para valorar la relación entre la rotura y la mamografía previa, hay que tener en cuenta que cuando la paciente acudió a urgencias habían transcurrido 36 días desde la realización de la mamografía. En el informe de la mamografía no se recoge ningún incidente durante la realización de la misma. Es posible que la rotura esté relacionada con la realización de la exploración, de hecho se han publicado casos de rotura tras una mamografía, pero no se puede establecer con certeza una relación causal, dado que la rotura espontánea de la prótesis es un cuadro frecuente...”*.

En un supuesto que también guarda evidentes similitudes con el que es objeto de consulta a este Consejo Jurídico, el Dictamen 8/2021 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, sostiene que en ausencia de prueba de infracción de la *lex artis* durante la práctica de la mamografía y en atención a la existencia de otras posibles causas que pueden incidir, acelerándolo, en el deterioro de las prótesis mamarias, tales como el tipo de implante, la colocación quirúrgica, los daños de la mama o una excesiva compresión repetitiva del mismo, no puede vincularse causalmente la rotura del implante, que ya había superado su vida útil media, con la senografía realizada.

En consecuencia, la reclamación no puede prosperar, máxime cuando por la Administración se han traído al procedimiento informes médicos que no advierten la existencia de mala praxis alguna en la asistencia prestada. Algunos de estos informes, como se ha visto, incluso permiten poner en duda la causalidad fáctica del daño, es decir, que la prótesis se rompiera como consecuencia de la mamografía, apuntando otras causas más probables como el propio deterioro de los implantes o la falta de revisiones periódicas de éstos, que devienen necesarias en orden a evitar eventos como los producidos.

En cualquier caso, frente a los pareceres médicos obrantes en el expediente, la interesada no ha llegado a alegar siquiera, y mucho menos a probar, que se incurriera en mala praxis durante el desarrollo de la prueba y que tal actuación fuera la causante del daño por el que reclama.

En ausencia de prueba de mala praxis y correspondiendo su carga a quien pretende la reparación del daño, conforme al brocardo o máxima jurídica *“onus probandi incumbit ei qui agit”*, hoy positivizado en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede darse por acreditada la existencia de una actuación contraria a la *lex artis* y, en consecuencia, no concurre la necesaria relación causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, cuya antijuridicidad tampoco puede considerarse acreditada.

Corolario de lo expuesto es que no concurren todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que procede desestimar la reclamación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina en sentido favorable la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la medida en que no se aprecia la concurrencia de todos los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en particular, el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado ni su antijuridicidad.

No obstante, V.E. resolverá.

