



Consejería de la Presidencia de la Junta de Castilla y León
Ilmo. Sr. Director General de Relaciones Institucionales
C/ Santiago Alba, 1
47008 - VALLADOLID

Expediente: 2280/2021

Asunto: Retraso en el diagnóstico. Cáncer de mama. Hospital de El Bierzo / Resolución

Centro directivo: Consejería de Sanidad

Ilmo. Sr.:

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número arriba indicado, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

Como recordará V.I., el motivo de la queja era el retraso en el diagnóstico de la paciente Dña. XXX, por parte del Servicio de Oncología del Hospital de El Bierzo.

Según manifestaciones del autor de la queja, dicho retraso de cinco meses en la citación de radiología dio lugar a que no fuera detectado adecuadamente un cáncer de mama.

Admitida la queja a trámite e iniciada la investigación oportuna sobre la cuestión planteada, nos dirigimos a V.I. en solicitud de información correspondiente a la problemática que constituye el objeto de aquélla.

En atención a nuestra petición de información se remitió por esa Administración autonómica informe en el cual se hacía constar:

La solicitud de mamografía preferente/despistaje se cursa el día 6 de marzo de 2019.

Se reciben 230 peticiones de esta naturaleza al mes, de las cuales 10 detectan diagnóstico de cáncer. Dentro de este tipo de estudios *“hay posibilidad de establecer una priorización para dar la atención antes a las de mayor sospecha en base a la evidencia científica”*.



En el caso de la queja se nos indica que existían diversos datos que orientaban “*hacia benignidad*” tales como una mamografía normal hacía cinco meses, cirugía reductora hacía 25 años, sin antecedentes de neoplasia de mama, así como exploración de nódulo rodadero.

Que la mamografía se realizó el día 8 de julio de 2019 y se realizaron diversas actuaciones posteriores:

En esa misma fecha: mamografía; ecografía que indicó la pertinencia de realizar dos biopsias percutáneas, la colocación de un clip de marcaje, una ecografía axilar de estadiaje y una RM mamaria, todas ellas realizadas con la misma fecha.

En fecha 12 de julio se realizó una RM mamaria de estadiaje.

En fecha 18 de julio se informa la RM mamaria de la que se deriva la indicación de una ecografía abdominal y una ecografía muscular.

El día 22 de julio se realizan la ecografía abdominal y la muscular, de las que se deriva la indicación de una nueva biopsia muscular.

En fecha 31 de julio se hace una biopsia percutánea muscular.

Que “*los datos clínicos benignos con un resultado final maligno se justifican en el tipo de tumor diagnosticado, siendo una variante extremadamente rara y un reto su diagnóstico*”.

Que la Administración sanitaria es consciente y lamenta la ansiedad generada por la espera. A esto añade que ha de valorarse, atendiendo a las circunstancias y antecedentes del caso, “*la organización de las actuaciones derivadas de la realización de la mamografía, la calidad de todos los trabajos realizados y los tiempos en que se hicieron las actuaciones posteriores (en las consultas de alta resolución), resolviendo en 23 días y con la realización de 11 procedimientos el diagnóstico del paciente en su totalidad, efectuando incluso biopsias y citando la RM de extensión*”.

A la vista de lo informado, procede realizar algunas consideraciones: es cierto que a partir del día 8 de julio de 2019 la actuación médica ha sido rápida y completa en la forma descrita en la información recibida, sin embargo hasta ese momento habían transcurrido cuatro meses desde que se solicitó la mamografía preferente/despistaje; es por ello que debiera considerarse si ha podido concurrir un supuesto de retraso en la atención prestada que pudiera dar lugar a una eventual responsabilidad patrimonial, responsabilidad que, de apreciarse, estimamos no prescrita dado que, salvo error por



nuestra parte, no se ha producido la curación de la persona paciente ni la determinación del alcance de las posibles secuelas.

Como es conocido, el instituto de la responsabilidad patrimonial se contempla al máximo nivel normativo en el artículo 106 de la Constitución, y se halla regulado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en sus diferentes aspectos.

Dentro de los supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tienen especial relevancia, por su propia especificidad, los casos de responsabilidad en la prestación de del servicio público de salud. En términos generales, para que una reclamación de esta naturaleza pueda prosperar, han de concurrir los siguientes requisitos: 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, en general sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño causado por su propia conducta.

Ahora bien, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando (SSTS de 25 de abril de 2007, 3 de julio de 2007, 13 de julio de 2007, 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 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 si la actuación médica (de prestación del servicio) ha sido 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 curación o la salud del paciente». Y es que, como viene diciendo reiteradamente el Tribunal Supremo, la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados (SSTS 3 de octubre de 2000, 21 de diciembre de 2001, 10 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2005, entre otras muchas). La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que eventualmente pueda producirse no sea antijurídico.



Cuestión distinta es si concurre una pérdida de expectativas o lo que nuestra jurisprudencia llama “pérdida de oportunidad”. La doctrina de la llamada “pérdida de oportunidad” se incardina dentro del ámbito de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y ha ido siendo diseñada por nuestra jurisprudencia.

La misma fue acogida en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras muchas, en las Sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, así como en las de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura que permite la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración en aquellos casos en que objetivamente se ha producido un daño (en el paciente) y surge la incertidumbre acerca de si ese daño se hubiera producido si la prestación del servicio de salud se hubiera realizado de forma distinta a como se efectuó; es decir, si se hubiera llevado a cabo conforme demanda la *lex artis*. En definitiva, la responsabilidad patrimonial surge en estos casos por no haber sido tratado el paciente de forma alternativa -de acuerdo a la *lex artis*- a como en realidad se hizo, privando con ello de **expectativas** de curación o mejora al paciente.

Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 y 16 de febrero de 2011 recuerdan, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de setiembre de 2010, que la «*privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” —sentencias de 7 de septiembre de 2005, 26 de junio de 2008 y 25 de junio de 2010— se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias*», insistiendo, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, en que «*acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible... Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la “facilidad de la prueba”, aplicado por*



esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas». La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 reitera que «tal doctrina exige que concurra un supuesto estricto de incertidumbre causal, esto es una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto».

La jurisprudencia anterior es plenamente válida para alumbrar la solución a la situación que ha dado lugar a la queja que ahora resolvemos, por lo que parece razonable que en el presente caso habría que descartar que el lapso de tiempo transcurrido entre marzo y julio para hacer las mamografías y el resto de pruebas, no haya podido retrasar el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad y, con ello, causar perjuicios (físicos o morales) a la paciente a los efectos de apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común, consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución:**

ÚNICA: Que por parte del órgano competente de la Consejería de Sanidad se inicie de oficio el correspondiente expediente de responsabilidad patrimonial a fin de valorar la posible concurrencia de la misma partiendo de la existencia de una eventual pérdida de oportunidad de la paciente como consecuencia de los cuatro meses transcurridos entre la solicitud de la mamografía preferente/despistaje, y la realización de la misma y de las posteriores pruebas que hubieron de realizarse con posterioridad.

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma por parte del órgano que corresponda de la Consejería de Sanidad en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN

Tomás Quintana López