



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de enero de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 593/2021 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen solicitado por oficio del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad de 1 de diciembre de 2021 (registro de entrada en el Consejo Consultivo al día siguiente), es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS).

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dado que la cuantía reclamada asciende a 263.674,21 euros, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. Resultan aplicables la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), porque la reclamación fue presentada el 18 de julio de 2019, después de la entrada en vigor de ambas normas.

También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), la cual reclama en su propio nombre, al haber sufrido daños personales y morales, por el retraso en el diagnóstico de un carcinoma lobulillar en mama izquierda [art. 4.1.a) LPACAP].

2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con la Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos del Servicio Canario de la Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

4. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues se presentó el 18 de julio de 2019, habiendo finalizado el tratamiento del carcinoma el 17 de agosto de 2018, por lo que no transcurre más de un año desde que se produce la curación de la enfermedad que padecía (art. 67 LPACAP).

III

1. La interesada presenta reclamación el 18 de julio de 2019 en la que expone los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El 27 de diciembre de 2017 me practicaron una mastectomía como consecuencia del diagnóstico realizado de Carcinoma lobulillar en mama izquierda.

Dicho diagnóstico fue realizado el 10 de agosto de 2017 y confirmado el 22/9/2017 como consecuencia del análisis realizado en la Unidad de Anatomía Patológica del Hospital Universitario de Tenerife de la punción biopsia realizada por el Ginecólogo Dr. (...) realizada en el Servicio de Ginecología del Hospital Universitario de Canarias, después de llevar más de

un año (desde el 26/06/2016) en que acudo a consulta del médico de cabecera en el Centro de Salud de Los Llanos de Aridane por haberme palpado un nódulo en mama izquierda desde hacía 1 mes, que no era doloroso, y que reiteré en la visita a la matrona del día 12/7/2016, la cual observa y palpa un bulto/nódulo en mama izquierda, por lo que me derivan al Hospital General de La Palma.

Centro en el que no se me presta, a mi entender, la debida atención.

SEGUNDO.- Consultando mi historia clínica hospitalaria del Servicio de Ginecología del Hospital General de La Palma abierta el 02/12/2004, descubro que consta en los antecedentes familiares 'Tía Mastectomía por ca (cáncer) mama, Tío Ca (cáncer) de Colon'.

Y descubro también en dicha historia clínica que el 14 de septiembre de 2007 en documento de Evolución de consulta se recoge la siguiente anotación que el médico ginecólogo realiza: "F.U.R. (fecha última regla) 11/09/2007 (...) ACTR: "CSE mama izquierda = Nódulo 1f2m = compatible Ademosis m".

De este último dato no se me dio información y considero, que constando los antecedentes familiares y mi edad, en ese momento contaba con 31 años, debió hacerse un seguimiento, tal como figura en el Protocolo de actuación del Servicio Canario de Salud, a la vista de la existencia de un bulto que al tacto se diferencia claramente del resto del tejido mamario. Que además considero que si se hubiera realizado una valoración o seguimiento del referido nódulo, quizá me hubiera evitado la mastectomía que me realizaron finalmente por la aparición de nuevos focos de afectación y la extirpación del paquete de ganglios linfáticos, las sesiones de quimioterapia y posteriores de radioterapia a las que me he tenido que someter hasta el pasado día 17 de agosto de 2018 en que me dieron el último tratamiento de radioterapia.

TERCERO.- Todo lo anteriormente narrado me permite concluir que por una praxis profesional deficiente, que no puedo imputar a un médico/profesional en concreto, puesto que actuaron varios, se produjo:

Un retraso de TRES MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO (3224) días en el seguimiento y diagnóstico del bulto detectado en septiembre de 2007 hasta el 12 de julio de 2016.

Otro retraso de TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO (394) días desde que el 12 de julio de 2016 acudí al centro de Salud y hasta 10 agosto de 2017 que se realizó el diagnóstico.

Otro retraso de CIENTO TREINTA Y NUEVE (139) días desde la fecha del diagnóstico del cáncer hasta el momento de la intervención el 27 diciembre de 2017.

Que supuso tener que someterme a una mastectomía radical de mama izquierda con biopsia de 5 ganglios centinela, que al ser informados con resultado positivo de metástasis ganglionar linfática, en el informe intraoperatorio, lo cual también conllevó una "Infadenectomía axilar izquierda, exéresis del paquete ganglionar".

Además, he sufrido durante más de un año y medio, hasta ahora QUINIENTOS SESENTA Y CINCO (565) días un perjuicio estético a consecuencia de aquella operación, ya que aún a fecha de hoy no me han realizado cirugía estética para la restauración de la mama, no constándome aún fecha de intervención.

Todo este proceso me ha generado secuelas psicológicas por las que estoy en tratamiento y que son diagnosticadas de trastorno neurótico y depresión.

Debo añadir que en el plano laboral sufro una incapacidad permanente absoluta, tal como ha establecido el Instituto Nacional de la Seguridad social en Resolución que acompaño como documento 1 y un grado de discapacidad del 55%, según Dictamen Técnico Facultativo y Resolución de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, que acompaño a este escrito como documento probatorio núm. 2.

CUARTO.- Queda probado que hay una relación de causalidad entre el daño causado y el mal funcionamiento de esa administración, que se deriva de las siguientes circunstancias que constan en el expediente:

Por un lado, la no aplicación del Protocolo y programa de actuación para detección de cáncer de mama por parte del Hospital General de La Palma, al tratarse de una mujer con antecedentes familiares de cáncer de mama, de 31 años de edad, que presentaba un nódulo en mama izquierda de 14 milímetros, a la que no se le informa de su existencia, se le da de alta y no se le realizan seguimiento alguno del referido nódulo.

Por otro lado, existe un retraso en el diagnóstico y en la intervención del cáncer de mama que los profesionales del Servicio Canario de Salud de la Palma, concretamente del Servicio de Ginecología del Hospital General de La Palma, no realizan oportunamente y con la diligencia debida.

Y por último, un retraso en la intervención para restauración de la mama extirpada que aún a fecha de hoy no se me ha realizado.

QUINTO.- Cifro la valoración del daño en la cantidad de DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SIESCIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS CON VEINTIUN CENTIMO DE EURO (263.674,21€). Cantidad que reclamo en concepto de indemnización y que desgloso de la siguiente manera

1) la cantidad de CIENTO OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA EUROS (108.540 €) de indemnización por el retraso de TRES MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO (3224) días, más los TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO (394) días que valoro como perjuicio personal básico

2) la cantidad de SIETE MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO EUROS (7228 €) de indemnización por el retraso de CIENTO TREINTA Y NUEVE (139) días desde que se diagnostica y hasta que se produce la intervención quirúrgica y que valoro como perdida de la calidad de vida de carácter moderada.

3) la cantidad de MIL SEISCIENTOS EUROS (1.600 €) por la intervención realizada.

4) la cantidad de SETENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES EUROS CON TRECE CENTIMOS DE EURO (77.433'13 €) como indemnización por las secuelas consistentes en:

- pérdida de la mama izquierda: 15 puntos
- linfedema: 10 puntos
- limitación en la movilidad del brazo izquierdo
 - . abducción: 8 puntos
 - . flexión anterior: 8 puntos
 - . flexión posterior: 5 puntos
- trastorno neurótico moderado: 5 puntos

5) la cantidad de TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS CON OCHO CENTIMOS DE EUROS (34.979'08 €) por perjuicio estético importante: 25 puntos

6) la cantidad de DIECISEÍS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA EUROS (16.950 €) como indemnización por el retraso en QUINIENTOS SESENTA Y CINCO (565) días en la realización de la CIRUJÍA ESTÉTICA desde la fecha de la intervención al 15 de julio de 2019 que valoro como perjuicio básico.

7) por último la cantidad de DIECISEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO (16.944 €) en concepto de Lucro cesante por incapacidad laboral absoluta.

(...)».

2. A los efectos de aclarar y completar los hechos expuestos, en el Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) del SCS, de 22 de abril de 2021, consta la siguiente relación de hechos:

- La paciente (...) presenta como antecedentes patológicos: safenectomía izquierda, ansiedad, asma bronquial, HTA, carcinoma basocelular en escote en 2013, HTA ocular, urolitiasis e hipercalciuria, conectivopatía indiferenciada. Bocio eutiroides. Cefalea tensional. Aborto espontáneo en 2007. Alergia a lapas y rosáceas. La señora tiene dos hijos sanos.

En la historia clínica de Obstetricia y Ginecología del HGLP se refiere en diciembre de 2013 que la paciente acude a revisión por dolor mamario bilateral y prurito vulvar. Le solicitan Ecografía mamaria, que se realiza en otro centro fuera del HGLP el 26 de abril de 2014, con resultado: "sin hallazgos de origen patológico".

- El 12 de julio de 2016, es vista por la matrona del centro de salud, quien anota que la paciente refiere un bulto en mama izquierda desde hace 1 mes.

A la exploración se observa un bultoma en la parte superior de la areola de mama izquierda, parte. Remite a médico de cabecera, que anota en historial: "mama izquierda con nódulo de 2-3 cm, rodadero sobre areola mamaria que refiere haberse notado desde hace 2 meses. Se realiza interconsulta preferente a Ginecología. Ha perdido en un año 30 kg con nutricionista, (padecía obesidad).

- El 16 de agosto de 2016 acude a consulta de Ginecología en HGLP para valorar nódulo mama de 1 mes de evolución, no doloroso. 2 hijos vivos y sanos de 10 y 7 años. "diagnóstico nódulo mama izquierda en estudio, fibroadenoma?."

- El 22 de agosto se realiza ECO de mama, solicitada por el Servicio de Ginecología, que resulta "dentro de los límites normales"

- El 29 de agosto de 2016 la observa Ginecología: nódulo en mama izquierda en cuadrante superior externo, no dolorosos a la palpación, de 03 cm aproximadamente en su diámetro mayor. El informe radiológico refiere: "No se logra identificar la lesión palpable en CSE. Mama sin identificar nódulos ni en general otros hallazgos patológicos significativos. En axila izquierda no se observan ganglios patológicos".

- El 5 de septiembre de 2016 acude a su médico de cabecera por haberse notado ganglio en lateral derecho de cuello, escote, rodadero, milimétrico, sin signos inflamatorios. En seguimiento por Dermatología con Inmunocare crema por lesión basocelular en tórax, con lesiones cutáneas en la zona, que atribuye a dicha crema. Sigue control con dermatólogo. El 14 de noviembre de 2016 se somete a exéresis de carcinoma basocelular en escote. Seguimiento por Dermatología, que da el alta el 31 de julio de 2019.

- La paciente acude a Ginecólogo privado en julio de 2017 porque el nódulo mamario continuaba, se realiza ECO y punción nodular en mama izquierda.

Exploración: "Se palpa área irregular de mayor induración en ICS de mama. Se realiza Ecografía con área de zonas anecoicas, pseudonodular. Displasia?. Nada concreto. Se remite al HGLP

- Acude al HGLP, el 20 de julio de 2017, se realiza punción ecoguiada de mama con aguja gruesa, del nódulo palpable (biopsia de mama con aguja Trucut, que permite extraer un cilindro de tejido tumoral conformado). El resultado de la anatomía patológica, del 26 de julio de 2017, es: "estudio es compatible con carcinoma lobulillar infiltrante in situ, se remite para estudio de receptores hormonales".

- Con fecha 10 de agosto de 2017, se realiza Mamografía bilateral en el servicio público, solicitada por Ginecología del HGLP. Resultado normal.

Comentario de la misma: "restos de tejido fibro-glandular que se distribuyen de forma simétrica por ambas mamas, no se identifican imágenes nodulares dominantes, en el presente estudio no se identifican calcificaciones patológicas ni alteración en la

vascularización y arquitectura mamaria normal, sin alteraciones a nivel de piel ni de regiones axilares, juicio diagnóstico: "estudio dentro de la normalidad".

- El 14 de agosto de 2017, se ven los resultados en consulta, se realiza canalización al HUC el día 17 de agosto de 2017. El 22 de agosto se realiza ECO de mama izquierda que no logra identificar ni nódulo ni ganglios patológicos.

- En agosto de 2017 el diagnóstico es de carcinoma izquierdo lobulillar infiltrante con alto componente de carcinoma in situ en cilindros en mama izquierda.

En la comisión de tumores del HUC se clasifica como BIRADS IVc . Se solicita ECO- BAG de mamas, que se realiza el 11 de septiembre de 2017, visualizándose área mal delimitada de 22 mm en ICS/CSE con algún microquiste en su interior coincidente con el nódulo palpable, que se biopsia.

A continuación se comienzan a realizar pruebas diagnósticas, ECO de mamas, RMN, estudios citogenéticos, con diagnóstico de carcinoma lobulillar infiltrante con alto componente de carcinoma lobulillar in situ en mama izquierda, y estudios inmunohistoquímicos del Her 2 (las mujeres con cánceres de seno invasivos de diagnóstico reciente deberán ser sometidas a pruebas para HER2. Si las pruebas son positivas generarían cambios en el tratamiento).

Receptores estrogénicos positivos, receptores progesterona positivos. La RMN, de octubre de 2017, demuestra múltiples focos de captación patológica en mama izquierda, no adenopatías axilares de características patológicas. Los hallazgos están en relación con un estadio T1c No, multicentricidad. ECO de mama, con PAAF, en el HUC el 16 de octubre de 2017, no información aclaratoria en los datos ecográficos.

Se explica a la paciente el tratamiento que requiere.

Posteriormente, se inician las pruebas preanestésicas el 31 de octubre. El preoperatorio, se realiza en La Palma, solo le hicieron EKG porque tenía catarro y se instaura tratamiento del mismo. Nueva cita el 7 de noviembre para segundo intento de pruebas de anestesia. Marcadores tumorales dentro rangos normales.

- El 20 de octubre de 2017 el Servicio de Ginecología del HUC remite al Servicio de Cirugía Plástica para valoración quirúrgica.

- El 27 de diciembre de 2017 con 42 años, es intervenida de mastectomía izquierda más linfadenectomía axilar izquierda ingresa en HUC. El material extirpado se envía a Anatomía Patológica con resultado de tres ganglios positivos. Se realizó técnica de linfadenectomía axilar izquierda.

Comentado el caso en Comité de Tumores se decide tratamiento de quimioterapia, radioterapia y hormonoterapia posterior.

Buena evolución postoperatoria.

- El día 2 enero de 2018 es dada de alta del HUC. Curas locales herida quirúrgica

- El 29 de enero 2018 cita con Ginecología HUC. Seguimiento por Oncología Médica, Radioterápica y Rehabilitación.

- El 11 de enero de 2018, tiene cita en Oncología del HGLP. Valoran a la paciente, explican el tratamiento y se cita para primer ciclo de quimioterapia. TAC tóracoabdominal normal, Gammagrafía ósea normal. Se siguen todos los ciclos de la quimioterapia.

En enero de 2018 valoración por cirugía plástica, se decide esperar para reconstrucción mamaria, dado los ganglios positivos. Apuntan para reconstrucción mamaria con prótesis.

- El 17 de enero de 2018, retirada de sutura. Cita con el Servicio de Oncología Radioterápica del HUC que valora a la paciente. Exploración normal y graduación tumoración T2 N2 M0.

Acudirá a radioterapia cuando acabe la quimioterapia.

- En marzo de 2018 colocación de reservorio en subclavia izquierda, episodio posterior de flebitis en MSI durante la quimioterapia, el reservorio se coloca entonces en subclavia derecha, y el 22 de junio de 2018 ingresa en Oncología del HUC con alta el mismo día, por edema en miembro superior derecho, ECODoppler muestra datos de trombosis, sospecha clínica de trombosis del reservorio, se trata con Heparina, seguimiento por Oncología Médica para ver si es necesario retirada del reservorio.

En marzo de 2018, es valorada en el Servicio de Rehabilitación que informa de linfedema más limitación de hombro izquierdo postmastectomía Se inicia tratamiento fisioterápico y control.

Sigue con quimioterapia la cual finaliza el 13 de junio de 2018. Sigue tratamiento posterior con Tamoxifeno durante 5 años. Empieza en julio de 2018.

- En 2018 se realiza en HUC estudio genético y consejo genético. El 16 de junio se decide radioterapia externa en pared torácica, axila y fosa supraclavicular. El 17 de agosto de 2018 finaliza tratamiento . Se realiza TAC sin incidencias.

Tras ser valorada, y tras mamografías, analíticas, hormonas, el juicio diagnóstico es "sin evidencia de enfermedad".

Se realizan mamografías de control y analíticas. Sigue siendo valorada en el Servicio de Oncología, Consultas Externas del HGLP cada 3 meses.

En 2018 se realiza estudio genético para asesoramiento en cáncer hereditario, en el que no "se localiza mutación patogénica en los genes analizados. Esto no permite descartar ni confirmar que los antecedentes sean causa hereditaria, y ante la sospecha se realizan consejos familiares.

- En junio de 2019 no hay existencia de lesiones en mamas. Se cambia el Tamoxifeno por Letrozol. Se siguen estudios de mamografías, analíticas, densitometría ósea etc.

- El 18 de agosto de 2019 la paciente ingresa en HUC, Servicio de Cirugía Plástica y reparadora para mastectomía subcutánea derecha y reconstrucción de mama izquierda, mediante prótesis mamaria. Se realiza cirugía en mama derecha también, por presentar ptosis mamaria derecha grado III, con buena evolución.

IV

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver, conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

2. Constan las siguientes actuaciones:

2.1. La reclamante presenta reclamación de responsabilidad patrimonial el 18 de julio de 2019. Solicita una indemnización de 263.674,21 euros.

2.2. Por Resolución de 23 de julio de 2019 del Director del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación formulada, y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica de la afectada.

2.3. El Servicio de Inspección y Prestaciones emite informe de 22 de abril de 2021 (folios n.º 27-46).

2.4. Con fecha 14 de junio de 2021 se notifica a la interesada Acuerdo Probatorio, abriendo plazo de 30 días en el que, con fecha 26 de julio de 2021 aporta dos informes periciales (folios n.º 1236 y ss.).

2.4.1. Informe de Doña (...), Doctora en Medicina y Especialista en Obstetricia y Ginecología, Ex Jefa de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Fuenlabrada de Madrid y Ex Profesora Asociada de la Facultad de Medicina de la UCM (GPI Perito Judicial e Investigación), en cuyas conclusiones se dice lo siguiente:

«1. Paciente de 41 años en seguimiento por diferentes patologías, a la que en 2007 de diagnostica Ecográficamente Nódulo de mama de 1,4 cm, sin que se realice ningún seguimiento ni control, hasta 2013-14

2. AF positivos, de los que no se evalúa ningún dato de la familiar portadora, edad fundamentalmente, con objeto de establecer el grado de riesgo asociado.

3. En 2013 mastodinia, Ecografía de mama negativa, en 2016 NODULO PALPABLE que no se identifica en Eco y ante la discordancia no se solicita otra prueba de imagen, ni se cita para control evolutivo.

En julio de 2017 tras diagnóstico en otro centro de Lesión Mamaria Maligna, se inicia protocolo diagnóstico, incluida Mx,BAG, nueva Eco y RNM, con el objetivo de confirmar diagnóstico, lo que conlleva una demora de 3 meses para ser intervenida.

4. No es hasta diciembre de 2017 que se somete a la paciente a mastectomía, objetivándose un tumor en estado avanzado y con Mts en 4114 ganglios extirpados.

5. Los Informes Rx emitidos no informan hasta agosto 2017, en términos acordes a la nomenclatura aceptada internacionalmente: BIRADS

6. No se citó nunca a la paciente para revisiones o al menos no consta en la documentación aportada.

7. Y nunca se solicitó ni realizó una MX, prueba de imagen que debe solicitarse en toda paciente con más de 35 años, nódulo palpable y antecedentes familiares, si bien no estaba claramente establecido el riesgo que dichos antecedentes asociaban.

8. La demora diagnóstica asoció el diagnóstico tumoral en un estadio avanzado, con los consiguientes perjuicios para la paciente: Necesidad de indicar una Cirugía más agresiva con el consiguiente riesgo de complicaciones y secuelas y un peor pronóstico en cuanto a supervivencia».

2.4.2. Informe pericial de (...) del Gabinete Médico de Peritación de Daños personales Perimed, licenciado en Medicina y Cirugía general y Diplomado en Valoración Médica de la Incapacidad por la Escuela Nacional de Medicina del Trabajo, Máster Universitario en Medicina Evaluadora por la Universidad de Barcelona y Máster Universitario en Gestión Sanitaria por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, cuyas conclusiones son las siguientes:

«Primera: Se trata de una lesionada de 43 años de edad actualmente, que en julio de 2016 consultó con su matrona, médico de cabecera y ginecólogo por notar un bulto en mama izquierda, a nivel de cuadrante superior externo. Se le realizó exploración física por el personal facultativo que indicaba la existencia de nódulo mamario en la zona que indicaba la paciente y como consecuencia se solicitó estudio de ecografía de mamas que indicó que no identificaban nódulos u otros hallazgos patológicos en la mama izquierda ni en axila. En julio de 2017 volvió a consultar con especialista privado la misma patología y éste, en estudio ecográfico realizado por él, diagnóstico una sospecha de patología por lo que solicitaba valoración mediante BAG (biopsia de aguja gruesa). Realizada la prueba dio positivo para malignidad.

Segunda: Tras el análisis de la documentación médica aportada consideramos que la lesionada presentó un retraso diagnóstico debido a un inadecuado seguimiento de la lesión que presentaba y para la que demandaba atención médica en julio de 2016. Esta lesión era objetivable en exploración física realizada en esas fechas. Desde un punto de vista de actitud médica indicaba que había que realizar un despistaje diagnóstico para detectar si era maligna o benigna y llegar a un diagnóstico certero de su causa. Por el contrario, se realizó un estudio de ecografía de mamas que fue informado como normal y finalizando aquí el seguimiento del proceso. Es decir, no se determinó la causa ni el tipo de lesión que presentaba la lesionada. A nuestro juicio ante la negatividad del estudio ecográfico, se debió continuar indagando con otras pruebas como la realización de una mamografía y una biopsia de la lesión que es lo indicado para las lesiones nodulares de mama tras su hallazgo en la exploración física poniendo todos los medios posibles para descartar una posible patología de cáncer de mama.

No encontramos en la documentación médica una acción que pudiera ser imputable a un solo facultativo ya que actuaron varios y es de suponer que actuaron bajo las normas de funcionamiento de su servicio o con los medios que estaban a su alcance en ese momento, pero si debemos considerar que hoy en día los medios que hemos indicado están al alcance de cualquier profesional, incluido un hospital de tipo comarcal que tiene como referencia, en caso de no tener medios suficientes, un hospital de tercer nivel, de hecho, esto es lo que sucedió tras el diagnóstico

Tercero: Para la cuantificación del daño consideramos que la lesionada tardó en alcanzar un diagnóstico cierto desde el momento que le indicó la no existencia de patología el día 30 de agosto de 2016 y el momento que se le informó del diagnóstico cierto el 10 de agosto de 2017. Es decir 345 días que a la hora de su cuantificación podría ser como de carácter moderado.

Cuarto: Como consecuencia del proceso la lesionada presenta secuelas psicológicas que están siendo atendidas por psicólogo que podemos encuadrar como un perjuicio de trastorno neurótico de carácter moderado tanto por la patología desarrollada como por el retraso del diagnóstico que pudo condicionar un empeoramiento del proceso.

(...) ».

2.5. A la vista de estos informes periciales, el SIP emite nuevo informe complementario de fecha 16 de septiembre de 2021 (folios n.º 1271 y ss), en los siguientes términos:

«Solicitado informe complementario por el Servicio de Normativa y Estudios, se ha procedido a revisar la documentación obrante en el expediente y, en la misma línea argumental que en el informe previo del SIP, se expone:

1.- No parece razonable retrotraernos en el tiempo hasta 2007, para cuestionar el protocolo de seguimiento de un nódulo de mama compatible con adenosis (cambios benignos), referido por la propia reclamante, por extemporáneo y, porque se conoce que el 26/04/2014, le es realizado estudio de imagen ecográfico de ambas mamas por dolor mamario bilateral (no por la existencia de bultos palpables en mamas), en el que no fue identificado ningún hallazgo de carácter patológico, es decir, el resultado fue normal, siendo el diagnóstico Síndrome premenstrual y tensión mamaria, para lo que se pautó tratamiento adecuado.

2.- Es en fecha 16/07/16, a la edad de 40 años, que acude a la consulta de Ginecología derivada de Atención Primaria por nódulo mamario izquierdo de reciente aparición (un mes); se valora a la paciente por la sospecha de fibroadenoma (lesión benigna), constatando en exploración nódulo en cuadrante superoexterno de mama izquierda, móvil y no doloroso a la palpación. Se le realizó ecografía mamaria el 22/08/16, y, en la misma no se identificó lesión en el cuadrante superior externo, ni nódulos mamaros sospechosos, ni ganglios axilares patológicos, siendo dichos resultados sin hallazgos patológicos, informados a la paciente en consulta de Ginecología de fecha 29/08/16.

3.- En informe pericial (realizado por Ginecóloga) se cuestiona que no se haya realizado mamografía, pero se conoce que, incluso los programas de cribado de cáncer de mama realizan mamografías a mujeres después de los 50 años, y ello es así entre otras cuestiones porque la densidad mamaria de las mujeres menores de esa edad es habitualmente mayor, lo que disminuye la sensibilidad de dicha prueba (la capacidad para detectar la enfermedad), es decir, la decisión de realizar una ecografía fue adecuada, y conocido el resultado de la mamografía realizada el 10/08/17 como parte del estudio de la paciente, el cual fue informado como normal, describiendo con claridad (va más allá de estandarización) que el tejido fibroglandular está distribuido de forma simétrica en ambas mamas, sin identificar imágenes nodulares dominantes, ni calcificaciones patológicas, ni alteración en la vascularización, teniendo una arquitectura mamaria normal, concluyéndose con el diagnóstico de estudio de mamografía dentro de la normalidad, favorece que vuelva a considerar que se realizó el estudio de imagen adecuado a la edad, antecedentes (no tenía antecedentes relevantes: ningún familiar de primer grado con antecedentes de cáncer de mama, ni con mutación genética relacionada con el mismo) y exploración realizada a la paciente.

4.- Por otra parte, una vez valorada la paciente en la que no se demuestra lesión visible ecográficamente, ni datos de malignidad ni clínicos ni radiológicos, esta no vuelve a consultar ni en Atención Primaria ni Especializada por dicho nódulo, (no aumento de tamaño, ni dolor u otros cambios), pudiendo hacerlo. Esta vez consulta voluntariamente a Ginecólogo privado (informe fechado el 17/07/2017) porque el nódulo mamario continuaba. En exploración ecográfica se describe área irregular de 24-26 mm. Se sospecha displasia fibroquística (...) ? (nada concreto). Se remite a estudio al Hospital General de La Palma.

Ello me lleva a considerar que las lesiones ahora vistas, menos de un año después de la última Ecografía realizada y valorada por Ginecología del Sistema Público de Salud no eran las mismas que las valoradas previamente, con un estudio ecográfico anterior en el que no se encontró ningún hallazgo patológico. Tampoco había en ese momento ningún diagnóstico concreto, lo que se hizo fue derivar a la paciente al hospital público para que estudiara la lesión ahora identificada en la ecografía; los informes periciales no plantean cuál habría sido el tiempo adecuado para volver a valorar la paciente sin ningún hallazgo patológico (ni benigno ni de otra clase) en el estudio de imagen adecuado al proceso, realizado menos de un año antes, por lo que no resulta razonable cuestionar la actuación realizada.

5.-En El Hospital General de La Palma, el 20 de julio de 2017, se realiza Trucut, también conocida como punción con aguja gruesa o BAG, esta técnica permite extraer un cilindro de tejido tumoral conformado guiándose con la ecografía), es decir, no es razonable cuestionar la realización de una biopsia (como plantea el informe pericial de Perimed), con anterioridad, comoquiera que en la ecografía no se aprecia ninguna lesión biopsiable.

El resultado de la anatomía patológica del 26 de julio de 2017, resultó compatible con carcinoma lobulillar infiltrante e in situ, remitiéndose para estudio de receptores hormonales.

6.- Le es realizada mamografía bilateral el 10/08/17 (ya detallada anteriormente) de resultado normal. El 14 de agosto de 2017 se ven los resultados en consulta y se realiza canalización al HUC a la Unidad e Patología Mamaria.

7.-En agosto de 2017 el diagnóstico es de carcinoma izquierdo lobulillar infiltrante con alto componente de carcinoma in situ en cilindros en mama izquierda.

8.- El 17/08/17, Ginecología del HUC, describe a la exploración presencia de nódulo duro, de superficie irregular no bien delimitado de 1,5 cm de diámetro. No se palpan adenopatías axilares. En Ecografía de mama se describe en cuadrante superior externo de mama izquierda nódulo hiperecogénico, de bordes irregulares, de 19x10 mm, con sombra posterior. Se decide valorar en Comisión de Tumores para valorar la realización de ECO-BAG.

9.- En Comisión de Tumores con todos los datos que se tienen hasta ese momento se clasifica como BIRADS IVc y se solicita ECO-BAG de mamas, que se realiza el 11/09/17, visualizándose área mal delimitada de 22 mm en ICS/CSE con algún microquiste en su interior coincidente con el nódulo palpable, la cual se biopsia.

10.- A continuación tal y como consta en nuestro informe SIP previo, se realizan estudios histoquímicos, marcadores tumorales pruebas para valorar extensión (RM), en las cuales se observaron otros focos de captación patológica en la propia mama izquierda que hicieron necesario nuevas pruebas de imagen con PAAF.

Diagnóstico: carcinoma lobulillar infiltrante con alto componente de carcinoma lobulillar in situ en mama izquierda. Receptores estrogénicos positivos, receptores progesterona positivos. Hallazgos en RM en relación con un estadio T1cNo, con multicentricidad (focos adicionales o distintos del tumor principal).

11.-Realizados todos los estudios imprescindibles para determinar el mejor tratamiento posible, el 20/10/17, se le explica a la paciente y se propone para mastectomía+GC (ganglio centinela) y se remite a Cirugía Plástica para valoración quirúrgica (colocación de expansor previo a cirugía de reconstrucción con prótesis posterior).

12.- Ese mismo mes inician los estudios de preanestesia. La paciente con antecedentes de asma bronquial cursa con patología respiratoria por la que precisa de tratamiento y valoración por Neumología para terminar el proceso.

13.- Una vez es posible y, concluidos todos los estudios y valoraciones necesarios, la paciente es intervenida quirúrgicamente el 27 de diciembre de 2017, mediante mastectomía izquierda más linfadenectomía axilar izquierda, tratamiento que era la opción más idónea según reconoce el propio informe Pericial (GPI).

14.-Después de revisar todo el historial clínico, valoro no debería cuestionarse la actuación inicial, con base en la evolución posterior, dado que en mi opinión se pusieron a disposición de la paciente los medios tanto diagnósticos como terapéuticos de acuerdo a los signos tanto clínicos como de imagen presentes en cada momento, y es en base a estos signos posteriores que se varió el manejo del proceso, igualmente poniendo a su disposición todos los medios diagnósticos, que fueron muchos, y que se realizaron dentro de unos intervalos razonables al caso, destacando además que, la paciente presentó patología respiratoria previo a la cirugía, que retrasó los estudios de anestesia, algo que no se ha tenido en cuenta en informe pericial aportado. Asimismo, la idoneidad del tratamiento no se pone en duda, es el adecuado, tanto el quirúrgico para extirpar el tumor y ganglios afectos, como el posterior con quimio-radio-hormoneterapia, así como la cirugía de reconstrucción mamaria y estética, tanto de la que afecta como de la contralateral, se haya colocado o no expansor durante la primera cirugía, algo que en ocasiones no se hace, cuando se prevé en el mismo quirófano que la paciente pueda precisar de radioterapia, dado los efectos colaterales de la misma.

15.- Si bien, en el primer informe pericial fechado el 25/05/19, se describe que la paciente presenta un trastorno neurótico (entendiéndose adaptativo), a consecuencia del proceso, en informe pericial posterior fechado el 09/02/21, no se recoge que dichas secuelas existan. Los trastornos de este tipo son reacciones emocionales normales ante eventos traumáticos que cada individuo afronta de una manera diferente».

2.6. Con fecha 3 de noviembre de 2021 se notifica a la interesada Trámite de Audiencia. Transcurrido el plazo conferido, no se recibe nueva documentación

2.7. Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, modificado por el Decreto 232/1998, de 18 de diciembre, en este procedimiento no se recaba el informe de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico, tal y como se justifica en la Propuesta de Resolución, diciendo lo siguiente: *«Asimismo, en el caso que nos ocupa, donde se subraya la “prohibición de regreso” o de la valoración “ex post de facto”, le es aplicable lo dispuesto en el informe de AJD 400/16- C (ERP 118/2014), que concluye: “La actuación médica implica una obligación de medios y no de resultados, y ello se traduce en que se deben aplicar al paciente todos los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento, debiendo estar ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia (...)”».*

2.8. La Propuesta de Resolución del Secretario General del Servicio Canario de la Salud por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial es de fecha 25 de noviembre de 2021.

V

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, partiendo de la historia clínica y el informe del SIP. Considera que no se puede cuestionar la actuación inicial con base en la evolución posterior (teoría jurisprudencial de la prohibición de regreso) y que se pusieron los medios diagnósticos y terapéuticos de acuerdo con los signos clínicos como de imagen presentes en cada momento y en base a los signos posteriores se varió el manejo del proceso, poniendo muchos medios diagnósticos para atender a la paciente realizados en intervalos razonables de plazo. La paciente presentó patología respiratoria previa a la cirugía que retrasó los estudios de anestesia. Que solo uno de los informes periciales de parte, hace referencia al trastorno neurótico como secuela y que estos trastornos son reacciones emocionales normales ante eventos traumáticos.

2. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, en relación con la obligación de medios que le corresponde a la Administración sanitaria y el criterio de la *lex artis* como delimitador de los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre, 69/2019, de 28 de febrero, 341/2019, de 3 de octubre y 442/2019, de 28 de noviembre), procede tener en

cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

3. Valorado en conjunto todo el material probatorio existente en las actuaciones, se considera, en este caso, que el Servicio Canario de la Salud, no puso al servicio de la paciente todos los medios diagnósticos necesarios desde que la matrona de Atención Primaria, y posteriormente el Médico de Atención Primaria y Ginecólogo, observan un bulto en la mama izquierda a partir del 12 de julio de 2016. Antes de esta fecha no hay elementos en la historia clínica de la paciente que

permitan sospechar la existencia de un cáncer de mama. No se trataba de establecer una labor preventiva fuera de la edad normalmente estipulada para el cribado del cáncer de mama, como parece apuntar el SIP. La paciente observa un bulto palpable en exploración física y acude al Centro de Salud en julio de 2016 y el SCS descarta la existencia de patología con tan solo una Eco de mama, sin más pruebas adicionales a pesar de sus antecedentes familiares, y no se somete a la reclamante a ningún tipo de seguimiento posterior. Sólo ante la insistencia de la paciente que observa la permanencia del bulto en la mama izquierda, lo que le lleva a acudir de nuevo a la sanidad privada en julio de 2017, se realiza un diagnóstico de sospecha de malignidad, ante el cual es derivada al Hospital General de La Palma y el SCS activa el protocolo correspondiente con biopsia y RMN cuyo resultado es compatible con carcinoma lobulillar infiltrante, en estado avanzado.

Finalmente es intervenida de mastectomía izquierda más linfadenectomía axilar izquierda el 27 de diciembre de 2017 por metástasis ganglionar linfática.

La existencia de un carcinoma en estado avanzado permite presumir que dicho cáncer existía un año antes, entre julio y agosto de 2016, y no fue detectado, al no practicar el SCS todas las pruebas a su alcance necesarias para un adecuado diagnóstico, que sí se practicaron un año después por el SCS, después de que la sanidad privada realizara un diagnóstico de sospecha de malignidad.

De haber realizado el SCS mamografía y biopsia en agosto de 2016 o una RMN, posiblemente, se podía haber detectado de forma más precoz el cáncer de mama con un mejor pronóstico de supervivencia, no sometiéndose la reclamante a una cirugía tan invasiva, lo cual ha generado un estado de zozobra, con el consiguiente daño moral en la paciente, lo que constituye una pérdida de oportunidad terapéutica que implica la infracción de la *lex artis* y, en consecuencia, origina la responsabilidad patrimonial de la Administración.

4. Respecto a la pérdida de oportunidad, la corriente jurisprudencial es unánime: *«sobre la mala praxis médica al no diagnosticarse ni tratarse a tiempo la dolencia que sufría madre de los recurrentes, se le generó la pérdida de la oportunidad al agravarse su estado de salud y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual no se acreditó que se hubiese podido evitarse de instaurarse a tiempo las medidas terapéuticas adecuadas, sino esa pérdida de la oportunidad, entendiéndose la STS de 12 de marzo de 2007 que, en estos casos, es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento*

seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable» (STSJ de Asturias 624/2016 de 15 julio).

Los Dictámenes de este Consejo 171/2016, de 24 de mayo, 152/2017, de 11 de mayo 324/2018, de 17 de julio, 492/2020, de 25 de noviembre, y 243/2021, de 13 de mayo, entre otros muchos, hacen referencia a la pérdida de oportunidad como un concepto indemnizable, en el siguiente sentido:

“En relación con la pérdida de oportunidad, desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998 el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial hoy ya consolidada favorable a dar valor a la llamada «pérdida de oportunidad» cuando, aunque no resultara patente la presencia del vínculo causal por dificultad en su prueba, concurrieran determinadas circunstancias que evidenciaran una alta probabilidad de que de haberse ofrecido las oportunidades perdidas se hubiera evitado o disminuido el daño. La Sala Tercera del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de flexibilización de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo causal especialmente en materia de responsabilidad sanitaria, y la han aplicado a la actuación del facultativo cuando no puede asegurarse que haya sido causante del daño reclamado o, al menos, la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. «La omisión de las pruebas y actuaciones tendentes a la determinación del diagnóstico en un momento anterior, ha privado al paciente de la oportunidad de anticipar un tratamiento que podía incidir favorablemente en la evolución del padecimiento, aun cuando no se evitara el resultado final, privación que consecuentemente ha de ser indemnizada» (STS, Sala III, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2007, rec. casación nº 6676/2003). «En la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que en cierto modo se asemeja a un daño moral, y que es el concepto indemnizable» (STS, Sala III, Sección 4ª, de 27 de septiembre de 2011, rec. de casación nº 6280/2009). Pues bien, para esta consolidada jurisprudencia «la pérdida de oportunidad constituye 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» (STS, Sala III, Sección 4ª, de 21 de diciembre de 2015, FJ 1º, rec. casación nº 1247/2014)”.

Por su parte, la STS de 21 de diciembre de 2015 (RJ 2016\55) o 16 de febrero de 2011 (RJ 2011,1490), argumentan 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 la 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».

5. En cuanto a la valoración de la indemnización, coincidimos con lo señalado en el informe pericial de parte:

«Tercero. Para la cuantificación del daño consideramos que la lesionada tardó en alcanzar un diagnóstico cierto desde el momento que le indicó la no existencia de patología el día 30 de agosto de 2016 y el momento que se le informó del diagnóstico cierto el 10 de agosto de 2017. Es decir 345 días que a la hora de su cuantificación podría ser como de carácter moderado.

Cuarto: Como consecuencia del proceso la lesionada presenta secuelas psicológicas que están siendo atendidas por psicólogo que podemos encuadrar como un perjuicio de trastorno neurótico de carácter moderado tanto por la patología desarrollada como por el retraso del diagnóstico que pudo condicionar un empeoramiento del proceso».

Para la determinación concreta de la indemnización por daño moral por el retraso diagnóstico del cáncer de mama del que la paciente parece haber curado, se deberán valorar los daños señalados conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en informe de valoración de daños contradictorio.

Conforme al art. 34.2 LRJSP, la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiendo indemnizarse a la reclamante en la cantidad que se determine en informe pericial contradictorio, de acuerdo con los criterios señalados en el Fundamento V del presente dictamen.