Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 1 9 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de diciembre de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera 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. 682/2024 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 28 de octubre de 2024 (con registro de entrada en este Organismo el día 30 de septiembre de 2024), se solicita dictamen de este Consejo Consultivo al objeto de examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. Se reclama una indemnización por importe de 500.000 euros, cantidad que determina el carácter preceptivo del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la facultad de la titular de la Consejería de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación tanto la citada LPACAP, como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de

[*] **Ponente: Sr. Pérez Hernández.**

abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (en adelante, LOSC); la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y 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.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa y pasiva.

4.1. En cuanto a la legitimación activa, en el presente procedimiento se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de la interesada, al sufrir en su esfera personal el daño por el que se reclama [art. 4.1.a) LPACAP].

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

5. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento corresponde también a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicios Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) LOSC.

A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conforme a 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 de este Servicio.

7. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año establecido en el art. 67 LPACAP, pues se presenta el 30 de junio de 2020 respecto de un daño o padecimiento del que recibió el alta en el año 2022 (cáncer de mama), por lo que la reclamación no se encuentra prescrita.

8. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

9. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que impida un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. La reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada.

A este respecto, expone en su reclamación inicial los siguientes hechos:

«Que en fecha 02/04/2018 se le realiza a la reclamante indicación que mamografía, mujer de más de 40 años con alto riesgo de padecer patología mamaria y con antecedentes familiares de cáncer de mama, esta petición se realiza en el marco de una consulta al SPS y presentar un bulto en el pecho, tras esperar varios meses en los que acudió al centro de salud reiteradamente (semanalmente) porque no le llamaban del hospital para la realización de la mamografía, ni envió la petición de la misma al Hospital General de La Palma, además en el Hospital se le informó también a la paciente que por otro error ya no sólo se había omitido el curso de la prueba, sino que tampoco se realizó derivación/interconsulta al servicio de ginecología, por lo que la mamografía se realiza el 28/9/2018 como consecuencia de las quejas presentadas, habiendo evolucionado la patología con la tardanza, donde ya tras la demora se observan adenopatías axilares izquierda, hallazgos altamente sugestivos de malignidad, microcalsificaciones, CSE, ya en ese momento se realiza BAG de lesión CSE de mama izq., el curso clínico puede comprobarse en el historial de la paciente, realizándose le IQ el 2/4/2019, con alta de la IQ en el HUC de fecha 6/4/19, continuando con tratamiento, habiendo pasado por quimioterapia desde 30/10/2018 hasta el 13/03/2019, el 16/05/2019, se realiza tratamiento con tamoxifenmo, y posteriormente radioterapia el 5/7/2019, estando actualmente en rehabilitación por la cirugía pasada y sus secuelas».

2. En el presente asunto, además, es preciso reproducir el relato de los hechos y las conclusiones que obran en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud (SIP) de fecha 22 de julio de 2020, emitido con ocasión del presente expediente de responsabilidad patrimonial.

«1.- La persona reclamante es mujer con fecha de nacimiento 28.10.78, natural de Cuba.

En consulta de 2 de abril de 2018 en el Centro de Salud de Los Llanos de Aridane, consta que por parte de su médico de Atención Primaria:

Se valoran los resultados de analítica practicada el 22 de marzo de 2019 y se solicita mamografía de screening por riesgo familiar.

El cribado de cáncer de mama es la principal herramienta de detección precoz y se realiza en población sana y asintomática. El riesgo familiar en este caso es por antecedentes de cáncer de mama en tías de su madre >50 años (Cuarto grado de parentesco). El riesgo familiar es más elevado en familiares de primer/segundo grado (madre o hermanas).

Los profesionales sanitarios que atienden al paciente cumplimentan la historia clínica en el mismo momento en que se está prestando la asistencia sanitaria reflejando el estado referido por el propio paciente. Del contenido de la Historia clínica no consta que la reclamante manifestara la presencia de bulto o alteración mamaria que habría inducido a una exploración por el médico de familia a fin de determinar la presencia o no de anomalía palpable, su localización, si se desplaza, si es doloroso, si está caliente, si afecta al pezón, si hay más de un bulto, si existen secreciones patológicas, etc y que por tanto no se realizó. No existió justificación para derivación al servicio de Ginecología, se trataba de mamografía de screening, no de una mamografía diagnóstica por síntomas/signos observados con la exploración clínica o palpatoria.

El plazo medio desde la petición de una mamografía de cribaje o screening hasta que esta se efectúa no existe, se trata de un examen de rutina realizado a una población asintomática para la detección de una enfermedad que por sus antecedentes pudiera ser relevante.

2.- En la Dirección del Área de La Palma el procedimiento establecido para tramitar cualquier petición de prueba diagnóstica que formule el médico de familia consiste en que la persona usuaria debe acudir al mostrador de administración del centro para que se indique fecha o se programe así como para facilitar información. En este caso, no consta que sucediera así y por tanto no fue tramitada la solicitud de mamografía de screening.

3.- En sucesivas visitas al Centro de Salud los días 9, 13 de abril y 28 de mayo de 2018 no consta mención alguna a bulto mamario o retraso en prueba diagnóstica. No existe constancia de que la reclamante acudiera en demanda de dicha mamografía o presentara nuevos síntomas.

4.- Al parecer, la reclamante se dirige al Servicio de Rayos del HLP y aunque se le manifiesta que no existe petición alguna, el 25.09.18 se realiza ecografia mamaria y mamografía en el HLP donde se aprecia nódulo de 32 mm en cuadrante superoexterno de mama izquierda con características de malignidad.

28 de octubre se realiza BAG (Biopsia aguja gruesa) y el 3 de octubre 2018 el resultado anatomopatológico obtenido fue de Carcinoma ductal infiltrante grado histológico II de Nottingham (moderado).

Subtipo Luminal: Clasificación molecular:

-Receptores hormonales positivo: Responde por tanto a terapia hormonal.

-HER2 negativo: Crecimiento más lento que el cáncer HER2 positivo.

-Ki-67 19%: Indice de crecimiento del tumor en %, es una manera de medir qué tan rápido crecen y se dividen las células cancerosas. El punto de corte tumores baja proliferación es del <20 % y alta proliferación >20%

Se trata por tanto de un cáncer de mama con mejor pronóstico: Luminal. Mientras el HER2+ tienen pronóstico intermedio y el Triple negativo es el de peor pronóstico.

5 de octubre primera valoración por el Sº de Ginecología del HLP

10 octubre: Servicio de Oncología HLP. Se solicita estudio de extensión que resultó negativo.

5.- El tratamiento y seguimiento consta en el informe del Servicio de Oncología, Dra. (...) en respuesta a la solicitud del Consejo Consultivo de Canarias.

Inicia tratamiento de quimioterapia neoadyuvante el 30 de octubre de 2018 hasta el 13 de marzo de 2019.

Esta estrategia terapéutica consiste en administrar un tratamiento sistémico contra el cáncer después del diagnóstico histológico del tumor mamario, pero antes de la cirugía, en la enfermedad no metastásica. También se la conoce como tratamiento preoperatorio, primario o de inducción, con el fin de aplicar tratamiento precoz de las micrometástasis, reducir el volumen tumoral y realizar cirugías menos mutilantes conservando la mama.

6.- El 2 de abril de 2019 en el HUC se practica la cirugía: tumorectomía (ROLL) + linfadenectomía axilar izquierda.*

Estadificación TNM. AJCC 8ªed: Estadio IIB: ypT2 pN1mi pT2: Tumor > 2 cm pero ≤ 5 cm de dimensión máxima pN1mi: Metástasis microscópicas (mi) en uno de 12 gánglios linfáticos.

**Tumorectomía: extirpación del tumor manteniendo la mama.*

7.- Valorado el caso en sesión Clínica del HUC se decide radioterapia complementaria o adyuvante sobre mama y axila izquierdas y lecho, en dos series consecutivas. Desde el 5 de julio hasta el 6 de agosto de 2019.

La radioterapia después de una cirugía conservadora que mantiene la integridad de la mama, como en este caso, permite erradicar la posible enfermedad microscópica disminuyendo el riesgo de recidiva local (en la mama y ganglionar) y aporta beneficios en la supervivencia.

8.- Asimismo desde mayo de 2019 recibió tratamiento con hormonoterapia con el fin de reducir el riesgo de recaída local o a distancia. El tratamiento se suele administrar después del tratamiento loco-regional: cirugía y/o radioterapia y su duración oscila entre 5 y 10 años

siendo estrictamente necesario por las características intrínsecas celulares del tumor (receptores hormonales positivos), sin relación con estadio alguno.

9.- Prosiguió controles semestrales y desde 2022 anuales por el Servicio de Oncología, sin evidencia de enfermedad oncológica, y en la última consulta de fecha 3 de junio de 2024. transcurridos 5 años, se encuentra con buen estado general, con mamografías sin cambios, marcadores tumorales en la normalidad, es citada en un año.

CONCLUSIONES

1.- Pese a que la reclamante dice que en abril de 2018 refirió bulto en el pecho y que tenía antecedentes familiares, en el expediente consta que acudió al médico de familia sin que expusiera lesión en mama ni se identificara ninguna lesión palpable siendo entonces la solicitud cursada para mamografía de screening dados los antecedentes familiares, no para mamografía de diagnóstico o derivación al Servicio de Ginecología en el caso de que la reclamante hubiera manifestado la presencia de bulto mamario.

2.- Por otra parte, tampoco consta que la reclamante cursara efectivamente en el mostrador de administración la petición de mamografía de screening.

3.- En cuanto al tamaño tumoral: De haber palpado bulto mamario izquierdo en abril de 2018, en general se acepta que excepcionalmente se logra palpar tumores de mama menores de 1 cm, siendo la mayoría detectados a la palpación cuando ya miden entre 2 y 3 cm.

Las lesiones nodulares no palpables a la exploración clínica de la mama, en los estudios mamográficos presentan unos contornos bien delimitados, una forma esférica, oval o polilobulada y un tamaño inferior a 2 cm.

Por tanto, si la paciente manifiesta que lo palpaba en abril, el tamaño era 2 o superior a 2 cm. (estadio T2). La ecografía de 25.09.18 mostró un nódulo de 3,2 cm (estadio T2).

4.- Por sus características histológicas y moleculares no se trató de un tumor de crecimiento rápido. Estas características no se modifican con el tiempo.

5.- El tiempo transcurrido entre abril y septiembre de 2018 no ha empeorado el pronóstico de curación o supervivencia. Desde abril de 2018 hasta el momento actual, encontrándose libre de enfermedad desde 2022, han transcurrido 6 años.

El estadio I del cáncer de mama tiene la tasa más alta de supervivencia relativa a cinco años, con un 98%. En estadio II, como en este caso, la tasa de supervivencia relativa a cinco años se sitúa en un 88% ampliamente superada por tanto.

6.- Se emite informe desfavorable».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial que constan practicados son los siguientes:

- El procedimiento comenzó mediante la presentación el día 30 de junio de 2020 del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada por D.ª (...), en el ámbito del Servicio Canario de la Salud.

- Con fecha 13 de julio de 2020 se dicta Resolución de la Secretaria General del SCS por la que se admite a trámite la reclamación de la interesada y se acuerda la realización de cuantos actos fueran necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la Resolución.

- Con fecha 3 de julio de 2020 se solicita informe al SIP a los efectos de que concrete las lesiones producidas y la presunta relación de causalidad entre dichas lesiones y la actuación del servicio público sanitario, y, en su caso, la cuantificación de la indemnización procedente.

Mediante escrito de 27 de septiembre de 2023 la Secretaría General del SCS remite escrito al que se adjunta anexo conteniendo la relación de expedientes de responsabilidad patrimonial sin informe del SIP, entre los que se encuentra el presente expediente.

- Con fecha 17 de agosto de 2020 se remite el Historial médico de la reclamante, así como los informes emitidos por la Dirección Médica de Atención Primaria y el Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital General de La Palma.

- Con fecha 9 de diciembre de 2020 se recibe escrito de la Dirección General de Programas Asistenciales en el que se hace constar lo siguiente:

« (...) le comunicamos que el Programa de Prevención de cáncer de mama va dirigido a la población residente en la CCAA Canaria con edad comprendida entre los 50-69 años, por lo que la Sra. no ha sido citada ya que no entra en el rango de edad. Dicha petición debe ser remitida a su Hospital de referencia el Hospital General de La Palma».

- Con fecha 26 de octubre de 2023, se dicta Acuerdo sobre periodo probatorio, admitiéndose como pruebas la documental.

- Ultimada la instrucción del procedimiento, con fecha 26 de octubre de 2023 se acordó el preceptivo trámite de audiencia a la interesada quien no formuló alegaciones dentro del plazo conferido.

- A juicio del órgano instructor, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en el caso que nos ocupa no resulta preceptivo el informe de la Asesoría Jurídica Departamental, dado

que las cuestiones de derecho planteadas ya han sido resueltas en anteriores informes por el Servicio Jurídico.

- Con fecha 28 de noviembre de 2023 se emite Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación formulada por la interesada.

- Mediante acuerdo de la Sección II de este Organismo consultivo de fecha 11 de enero de 2024 se requirió al SIP la remisión de determinada información, con suspensión del plazo para emitir Dictamen por 15 días.

- Con fecha 22 de julio de 2024 el SIP emite informe por la asistencia prestada a D.ª (...). Asimismo se remiten, los informes complementarios de la Dirección Médica de Atención Primaria del Área de Salud de La Palmas y del Servicio de Oncología del Hospital Universitario de La Palma.

- Con fecha 5 de septiembre de 2024, se confiere nuevo trámite de audiencia a la reclamante, sin que conste que haya formulado alegaciones.

- Con fecha 24 de octubre de 2024 se formula nueva Propuesta de Resolución desestimatoria de las pretensiones de la reclamante.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo (entre otros, en su Dictamen 328/2020, de 10 de septiembre), *«la jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que «para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

- 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 patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño".

Es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración».

3. Por otro lado, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada «*lex artis ad hoc*».

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que «*la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».*

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (Recurso de Casación n.º 89/2008) «*que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».*

En idéntico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: «*Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.*

Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad

sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Ha de tenerse en cuenta, por tanto, que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

En este mismo sentido se ha decantado este Consejo Consultivo de Canarias. Así, se ha de traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, de este Organismo, en el que se expresa lo siguiente:

«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física.

En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la lex artis, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la lex artis se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que

verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha lex artis. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad.

Este límite nos lo proporciona el criterio de la lex artis, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la lex artis (no siendo el daño antijurídico) mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la lex artis, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la lex artis se define como ad hoc, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece "El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente".

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), que no vino sino a consagrar legislativamente

la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto". Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a lex artis, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización».

4. En el presente procedimiento la pretensión resarcitoria de la reclamante se fundamenta en que con fecha 2 de abril de 2018 su médico de Atención Primaria le prescribió la realización de una mamografía, toda vez que -según la reclamante- es una mujer de más de 40 años con alto riesgo de padecer patología mamaria y con antecedentes familiares de cáncer de mama. Esta petición se realizó en el marco de una consulta al SCS y por presentar un bulto en el pecho. Sostiene que tras esperar varios meses en los que acudió al centro de salud reiteradamente (semanalmente), porque no le llamaban del hospital para la realización de la mamografía, no se envió la petición de mamografía al Hospital General de La Palma. Además en el Hospital se le informó que por otro error ya no sólo se había omitido el curso de la prueba, sino que tampoco se realizó derivación/interconsulta al servicio de ginecología, por lo que, finalmente, la mamografía se realiza el 28 de septiembre de 2018 como consecuencia de las quejas presentadas, habiendo en ese tiempo evolucionando la patología que finalmente fue diagnosticada como cáncer de mama.

A pesar de tales manifestaciones, la reclamante no aporta material probatorio que sostenga su pretensión, más allá de su propio testimonio expresado en el escrito de responsabilidad patrimonial, el cual, por otro lado, ha quedado desvirtuado por el examen del Historial Clínico y por los informes del SIP y de los servicios concernidos.

En relación con la carga de la prueba, se ha de recordar que este Consejo Consultivo ha reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictámenes 87/2019, de 13 de marzo y 219/2020, de 3 de junio) que, según el art. 32.1 LRJSP, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia

de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

En el presente caso la reclamante afirma en primer lugar que, en el marco de una consulta al servicio público de salud y presentar *un* bulto en el pecho, se le indicó la realización de una mamografía toda vez que es una mujer de más de 40 años con alto riesgo de padecer patología mamaria y con antecedentes familiares de cáncer de mama.

Pues bien, tal como consta en el expediente administrativo, el día 2 de abril de 2020 la reclamante acudió a los servicios de Atención Primaria con motivo de una analítica y se le solicitó «*mamografía por antecedentes de patología de mama familiar*», haciéndose constar en la cartera de servicios de dicha consulta «*diagnóstico precoz de cancer de mama*», sin embargo el médico de Atención Primaria no hace referencia o alusión alguna a la palpación de un bulto en el pecho de la reclamante, sino que simplemente a que se solicita la mamografía debido a sus antecedentes de patología de cáncer de mama en la familia. Posteriormente la reclamante vuelve a acudir a los Servicios de Atención Primaria los días 9 y 13 de abril y 28 de mayo de 2018, sin que refiera en momento alguno la posible existencia de un bulto en el pecho. Por lo que no consta, por no haber quedado acreditado en el presente expediente, que el motivo de la petición de mamografía fuera la existencia de un bulto en el pecho de la reclamante, toda vez que no existe en su historial médico informe alguno que así lo refleje.

Por otro lado, manifiesta también la reclamante, que «acudió al centro de salud reiteradamente (semanalmente) porque no le llamaban del hospital para la realización de la mamografía, y presentar varias quejas porque no se realizaba dicha prueba, la paciente acude a reclamar al servicio de atención al paciente», pero sin embargo tampoco consta la presentación de tales quejas ni la reclamación ante el servicio de atención al paciente, no existiendo en el expediente administrativo documento alguno de presentación de quejas en los términos que relata la reclamante; es más, ni tan siquiera consta que le refiriera a su médico de Atención

Primaria su inquietud, ni que le solicitara la agilización de la prueba o una nueva petición. Lo único que consta, en relación con tales reclamaciones, es el informe del Servicio de Radiología del Hospital Universitario de La Palma en el que se hace constar *«Al parecer y según la compañera encargada en aquel momento de las mamografías, tras la insistencia de la paciente, que según cree recordar, es cierto que acudió en varias ocasiones a nuestro servicio preguntando por su prueba, la propia compañera habló con el Radiólogo y que fue este quien accedió a hacerle una ECOGRAFÍA DE MAMA bajo su responsabilidad pero sin haber tenido en ningún momento petición en mano».*

Y, al hilo de tal petición, consta en el Informe de la Dirección Médica de Atención Primaria del Área de Salud de La Palma de 22 de julio de 2020 que *«la paciente tenía que ir por el mostrador de recepción para solicitar la cita. Siendo un proceso manual. No se ha podido encontrar el impreso de solicitud de la mamografía»*. Y, posteriormente, en Informe complementario emitido por el mismo Servicio en fecha 1 de febrero de 2024 se expone que *«el mecanismo instaurado para la solicitud de cualquier prueba diagnóstica (de imagen, analítica, (...) etc) solicitada desde la consulta de Medicina de Familia, ya sea en los Equipos de Atención Primaria (EAP), Servicios Normales de Urgencia (SNU) o en los puntos de Atención Continuada (PAC), del Área de Salud de La Palma implica el acudir al mostrador de administración con la solicitud impresa del estudio solicitado de modo que se pueda proceder a la programación y comunicación de la cita (día, hora y lugar) en que se llevará a cabo la realización de la mencionada prueba diagnóstica»*. No obstante, pese a ser este el protocolo habitual para la petición de las pruebas diagnósticas -del que se presupone que la reclamante tenía conocimiento, toda vez que en su historial médico se refleja la realización de diversas analíticas-, la interesada ni en su reclamación inicial, ni con posterioridad -con ocasión del trámite de audiencia- manifiesta ni acredita que presentara en administración el documento para la solicitud de la mamografía, que conlleva el inicio de los trámites para la práctica de la prueba radiodiagnóstica, lo que implicaría que la falta de citación para su práctica fue debida a su falta de diligencia.

Finalmente, se ha de señalar que en el presente caso tampoco ha quedado acreditado que se haya producido una *«pérdida de oportunidad»* a la reclamante por la tardanza en realizarle la mamografía. En este sentido, el Servicio de Oncología del Hospital Universitario de La Palma informa que *«lo ideal es realizar un estudio diagnóstico lo antes posible desde que se detecta un nódulo palpable mamario para proceder a un tratamiento precoz. Este tiempo debe ser lo más corto posible especialmente en histologías como Her2 positivo y triples negativas por ser tumores más agresivos. En el caso de la paciente, se trata de un tumor Luminal de evolución más lenta en el que puede no ser tan determinante aunque no por ello se debe retrasar el diagnóstico. Sólo hubiese cambiado*

el tratamiento en caso de que el tumor hubiese sido menor de 2 cm en abril (momento en el que se solicita la mamografía). No podemos saber cuánto creció el tumor en el periodo temporal acontecido entre abril-septiembre y si por ello hubiésemos cambiado o no la estrategia terapéutica siendo el pronóstico el mismo».

Y, añade el SIP *«De haber palpado bulto mamario izquierdo en abril de 2018, en general se acepta que excepcionalmente se logra palpar tumores de mama menores de 1 cm, siendo la mayoría detectados a la palpación cuando ya miden entre 2 y 3 cm.*

Las lesiones nodulares no palpables a la exploración clínica de la mama, en los estudios mamográficos presentan unos contornos bien delimitados, una forma esférica, oval o polilobulada y un tamaño inferior a 2 cm.

Por tanto, si la paciente manifiesta que lo palpaba en abril, el tamaño era 2 o superior a 2 cm. (estadio T2). La ecografía de 25.09.18 mostró un nódulo de 3,2 cm (estadio T2).

(...) Por sus características histológicas y moleculares no se trató de un tumor de crecimiento rápido. Estas características no se modifican con el tiempo.

(...) El tiempo transcurrido entre abril y septiembre de 2018 no ha empeorado el pronóstico de curación o supervivencia. Desde abril de 2018 hasta el momento actual, encontrándose libre de enfermedad desde 2022, han transcurrido 6 años.

El estadio I del cáncer de mama tiene la tasa más alta de supervivencia relativa a cinco años, con un 98%. En estadio II, como en este caso, la tasa de supervivencia relativa a cinco años se sitúa en un 88% ampliamente superada por tanto».

Como se puede deducir, la realización de la mamografía cinco meses después del momento en que fue prescrita por el médico de Atención Primaria no afectó ni al diagnóstico, ni al pronóstico de la enfermedad, que no se vio agravada en dicho lapso temporal al tratarse de un tumor de lento crecimiento.

En atención a las anteriores consideraciones y a todo lo expuesto, la falta de prueba de la inadecuación de la asistencia sanitaria prestada a la ***lex artis*** rompe el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama y, por ende, impide, al ser un requisito esencial para ello, el surgimiento de la responsabilidad de la Administración prestadora del servicio, por lo que se ha de concluir que la Propuesta de Resolución que desestima la pretensión resarcitoria de la reclamante es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación sanitaria de la interesada, se considera conforme a Derecho por los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.