

<p><b>Expediente:</b> 38/2016 <b>Objeto:</b> Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Foral de Navarra por asistencia sanitaria. <b>Dictamen:</b> 46/2016, de 26 de septiembre</p>
---

## DICTAMEN

En Pamplona, a 26 de septiembre de 2016,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza, Presidente, doña Socorro Sotés Ruiz, Consejera-Secretaria, doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejero,

siendo ponente doña Socorro Sotés Ruiz,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### I. ANTECEDENTES

#### I.1ª. Consulta

El día 29 de julio de 2016 tuvo entrada en este Consejo escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, del Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por doña..., don..., doña...y doña..., por presuntos daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios, solicitado por la Orden Foral 59/2016, de 11 de julio, del Consejero de Salud.

Se acompaña a la consulta el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial, incluyéndose la propuesta de resolución del Director Gerente

del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y la citada Orden Foral 59/2016, de 11 de julio, del Consejero de Salud, por la que solicita dictamen preceptivo de este Consejo de Navarra.

## **I.2ª. Antecedentes de hecho**

### **Reclamación de responsabilidad patrimonial**

El 20 de enero de 2016, doña... y don... en su propio nombre y en el de sus hijas doña...y doña..., interponen reclamación de daños y perjuicios por defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, derivados de una prestación sanitaria deficiente y tardía en el cáncer de doña..., lo que dio lugar a unas consecuencias lesivas y a una falta de oportunidad.

Se mantiene en la reclamación que doña... que en el año 2004, fue diagnosticada de una neoplasia de mama derecha, operada y habiendo recibido oportuno tratamiento, tras numerosas revisiones efectuadas durante años, con fecha de 14 de diciembre de 2011, y dentro del protocolo de revisiones oncológicas fue diagnosticada por el Servicio de Anatomía Patológica de un tumor fibroso infiltrado por un carcinoma ductal infiltrante grado histológico II que alcanzaba margen quirúrgico opuesto al borde capsular. Este descubrimiento en el estudio efectuado pasó desapercibido para todos los servicios médicos que hacían seguimiento a la reclamante, hasta que con fecha de 5 de febrero de 2014, y con motivo de una revisión rutinaria visualizaron una lesión sólida mal definida, haciendo patente lo que con fecha de 14 de diciembre de 2011 ya había sido diagnosticado por el Servicio de Anatomía Patológica.

La reclamación relata que doña... fue diagnosticada el 20 de febrero de 2004, de una neoplasia de mama derecha tras detectarse microcalcificaciones en una mamografía de control, siendo éste un carcinoma intraductal de bajo grado nuclear sin necrosis y con gran cancerización lobulillar en cuadrante supero-externo mama derecha; fue operada de conformidad con el protocolo establecido el día 20 de mayo de 2004, extirpando un segmento de tejido glandular localizado en cuadrante

supero-externo de mama derecha, incluyendo piel, segmento CSE y aponeurosis del pectoral mayor.

Durante los años 2005, 2006, 2007 y 2008 se le realizan controles mediante mamografía, ecografía de mamas, ecografía axilar, destacando que en revisión del año 2007 también le realizaron una ecografía cervical con punción aspirativa de un ganglio linfático postero-cervical izquierdo de carácter inespecífico, con resultado A-P linfadenitis reactiva, pero negativo para células neoplásicas.

En la revisión rutinaria de 2008 se aprecia pérdida de volumen importante en mama derecha, por lo que se le deriva a cirugía plástica y el día 29 de agosto se procede a la reconstrucción mamaria.

Durante los años 2009 y 2010 continúa con las revisiones oportunas de conformidad con el protocolo establecido para estos casos, siendo normales sin evidencias de recidivas ni patologías de interés.

En el año 2011, la mamografía y ecografía de mama y axilar estaban dentro de los parámetros normales y con fecha de 28 de noviembre de 2011 se procede al segundo tiempo de reconstrucción, mediante extracción de prótesis previa, colocación de prótesis mentor y resección de cuña vertical mamaria en mama reducida contralateral.

El día 14 de diciembre de 2011 se remiten muestras de tejido de mama derecha al Servicio de Anatomía Patológica donde se evidencia en muestra A (pieza mama derecha) con dos fragmentos, uno cicatricial que se corresponde con cicatriz antigua sin tumor y otro fibroso infiltrado por un carcinoma ductal infiltrante grado histológico II que alcanza margen quirúrgico opuesto al borde capsular.

Tras la lectura de la historia clínica de doña... se concluye que dicho resultado pasa desapercibido para todas las especialidades que llevan el control evolutivo.

En el mes de febrero del año 2012, se le realiza control radiológico de tórax y en marzo le hacen mamografía de mama izquierda sin datos de

interés y no de mama derecha al haber sido sometida a recambio de prótesis en fechas recientes. La ecografía de mama derecha y de la prótesis no refleja alteraciones reseñables.

Sigue el escrito de reclamación reseñando que durante el año 2013, tras los controles rutinarios, no se observaron datos de interés en ninguna de las dos mamas.

Por el contrario en la revisión del 5 de febrero de 2014, tras realizarle las pruebas oportunas, visualizaron una lesión sólida mal definida de aproximadamente 10 mm de diámetro mayor, en situación intercuadrántica superior en el lado derecho y por ese motivo “realizaron punción-aspiración para estudio citológico, que informan tras el estudio anatómico-patológico que se trata de un carcinoma de grado intermedio de malignidad, CK 19 positivo”.

El día 23 de marzo de ese mismo año, proceden a operarle, realizando mastectomía y le toman biopsia de GC axilar que dio resultado positivo, por lo que el día 7 de abril le realizaron linfadenectomía axilar radical por ganglio axilar positivo, extirpando los niveles ganglionares I y II de Berg.

En el año 2015 en los controles realizados mediante TAC toraco-abdominal no se aprecian cambios reseñables respecto a los estudios previos e informan de lesión densa esclerosa en vertiente derecha del cuerpo vertebral D11 ya presente en anteriores exploraciones.

Termina diciendo la reclamación que en la actualidad se encuentra pendiente de cirugía traumatológica, liberación del túnel carpiano derecho por neuropatía focal mediana a nivel de muñeca en grado moderado.

La reclamación invoca como fundamentos de derecho para justificar el derecho a la salud, el artículo 43 de la Constitución; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, invoca también como fundamento legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, citando sentencias del Tribunal Supremo relacionadas con casos como el que nos ocupa.

Finaliza el escrito solicitando se indemnice por parte del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea a doña... en la cantidad de 298.974,35 €, siendo 240.000 € en concepto de indemnización por el “diagnóstico tardío del cáncer”, 18.050,22 € por las secuelas padecidas, y 40.924,13 € por los días de baja y factor de corrección. Igualmente se solicita indemnización a favor de su esposo Don... en la cantidad de 64.000 € “para paliar los daños psicológicos padecidos” y 18.000 € para cada una de sus hijas... por “daños psicológicos generados por ver el sufrimiento y padecimiento de su madre”, además de los intereses legales correspondientes.

Se aportan a la reclamación diversos informes médicos que documentan las circunstancias de hecho mantenidas en la reclamación e informe pericial médico realizado por la doctora doña...

### **Iniciación del procedimiento**

En el expediente consta la Resolución 7/2016, de 28 de enero, por la que se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, se nombra instructor del procedimiento, se le informa de que esta reclamación “puede implicar el acceso a los datos de su historia clínica que puedan estar relacionados con el objeto de la misma”, e igualmente se le informa del plazo máximo para resolver y de los efectos que produce su transcurso sin haberse dictado resolución expresa.

### **Instrucción del procedimiento: Historia clínica**

A solicitud de la reclamante y del instructor del procedimiento, constan en el expediente copia de la historia clínica remitida tanto por Atención Primaria como por los distintos servicios del Complejo Hospitalario de Navarra.

De la documentación médica aportada cabe señalar, al igual que lo hacen los informes médicos obrantes en el expediente, que los síntomas,

patologías y actuaciones llevadas a cabo por los servicios sanitarios que relata la reclamación, son en términos generales coincidentes con las circunstancias que resultan de la documentación que integra la historia clínica del paciente, si bien esa adecuación o conformidad no se extiende a algunas consideraciones que realizan los reclamantes que no resultan acreditadas por la documentación obrante en el expediente.

De la documentación clínica aportada cabe destacar, como relevantes a los efectos de tomar en consideración en este dictamen, los siguientes extremos:

1. En revisiones mamográficas anuales, el día 20 de febrero de 2004, se detecta a la señora... una alteración en mamografía, realizándole las pruebas oportunas que confirman un carcinoma intraductal, y le remiten al Servicio de Cirugía Mamaría del entonces... (...).

El día 13 de abril de 2004 ingresa en el HVC para realizarle una biopsia dirigida por arpón metálico, en mama derecha, por lo que con fecha de 20 de abril es diagnosticada por el servicio de anatomía patológica de “carcinoma intraductal de bajo grado nuclear con necrosis (grado II) que afecta una extensión de 2 cm. y 3 mm. De carcinoma infiltrante probablemente lobulillar. Tanto el carcinoma intraductal como el infiltrante llegan a bordes quirúrgicos sobre todo el superior”.

El día 19 de mayo es intervenida de forma programada con “extirpación de un segmento de tejido glandular localizado en CSE de la mama derecha, incluyendo piel, segmento de CSE y aponeurosis del pectoral mayor (ampliación de bordes quirúrgicos)”.

En la ecografía axilar derecha del día 16 de junio, se le diagnostica de “paciente con carcinoma infiltrante de mama a la que no se ha realizado vaciamiento axilar ni técnica de ganglio centinela”.

Con fecha de 16 de julio de 2004 y tras planificación 3D, se inicia tratamiento radioterápico local con fuente de cobalto 60 finalizando el día 1 de septiembre.

El día 16 de septiembre se le pauta tratamiento hormonal con tamoxifeno 20 miligramos para los próximos 5 años.

2. Constan revisiones médicas oncológicas en marzo, junio y diciembre del año 2005, sin datos a destacar.

3. En el informe del Servicio de Rehabilitación de... de 5 de julio de 2005, consta limitación de movilidad articular del hombro derecho, señalándose en la exploración física “movilidad de hombros con restricción de flexión a 140° de flexión y rotación interna a columna lumbar”. Se le pauta tratamiento con microonda en hombro derecho, ejercicios pendulares de Codman, cinesiterapia activa-asistida (técnicas de estiramiento y decoaptación glenohumeral) y ejercicios de flexibilización de la cápsula gleno-humeral posterior. Las sesiones se realizaron durante el mes de agosto y septiembre.

En la exploración del 19 de septiembre, consta “arcos de movilidad de hombro derecho completos, refiere tirantez en trayecto tendinosos de pectoral mayor”. Se le pautan ejercicios para realizar en su domicilio, aprendidos durante el periodo de tratamiento rehabilitador. No necesita acudir a revisión.

4. En el año 2006 se efectúan revisiones en oncología y servicios derivados en febrero, agosto, septiembre, sin que hubiera cuestiones de interés.

5. Durante el año 2007 se le realizan igualmente revisiones periódicas y en una de ellas se le hace una ecografía cervical con punción aspirativa de ganglio linfático siendo el diagnóstico negativo para células neoplásicas, compatible con linfadenitis reactiva.

6. En febrero de 2008 tras una revisión ordinaria se le deriva a la asistencia especializada en cirugía plástica para reconstrucción de mama tras detectarse pérdida de volumen importante en mama derecha.

Con fecha de 27 de mayo se le hace radiología simple de tórax como preoperatorio de reconstrucción de mama y otras pruebas para anestesia, siendo normales.

Consta en el informe de exploración de fecha 5 de agosto que fue “intervenida el pasado 11 de junio de uretropexia con malla suburetral tipo Miniarc”.

El día 28 de agosto ingresa en... en el Servicio de Cirugía Plástica siendo intervenida el día 29 de agosto para colocación de prótesis derecha y mastopexia izquierda. Presentó una evolución sin complicaciones, siendo dada de alta el día 1 de septiembre.

El servicio de anatomía patológica emite informe de fecha 3 de septiembre acerca de la biopsia realizada el día 29 de agosto, siendo el diagnóstico “piel con una cicatriz antigua con macrófagos con material de sutura fagocitado”.

7. Los controles ordinarios durante el año 2009 fueron normales, sin datos importantes a tener en consideración.

8. En el año 2010 se le realizaron controles de mamografía, ecografía mamaria y axilar, como en años anteriores, destacando “inyección de material líquido pericicatrizal de aspecto quístico compatible con infiltración de ácido hialurónico en dicha localización por parte de cirugía plástica, sin signos sospechosos de malignidad”.

9. A lo largo del año 2011, se le efectuaron diferentes controles consistentes en radiología mamaria y axilar y mamografía. Con fecha de 28 de noviembre de 2011 se procede al segundo tiempo de reconstrucción, mediante extracción de prótesis previa, colocación de prótesis mentor y resección de cuña vertical mamaria en mama reducida contralateral.

El día 14 de diciembre de 2011 se remiten muestras de tejido de mama derecha al servicio de anatomía patológica donde se evidencia en el diagnóstico: “MUESTRA A: DIAGNÓSTICO ANATOMOPATOLOGICO. Piel con una cicatriz antigua, sin tumor. Fragmento de tejido fibroso infiltrado por



un CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE GRADO HISTOLOGICO II, que alcanza el margen quirúrgico opuesto al borde capsular. (Mama dcha.). MUESTRA B: DIAGNÓSTICO ANATOMOPATOLOGICO. Piel con cicatriz antigua y tejido mamario sin alteraciones significativas (Pieza quirúrgica izquierda)".

Se desprende de los numerosos informes médicos existentes, así como de las pruebas realizadas, que este informe no se tiene en cuenta en ningún servicio especializado, pasando el mismo desapercibido, y por ello tampoco consta se hubiera puesto en conocimiento de doña...

10. Durante el año 2012, se le realizaron pruebas ordinarias en todos los servicios médicos especializados, no detectándose nada anormal o que hiciera sospechar de malignidad.

Consta que el día 1 de noviembre de este año acudió al servicio de urgencias general donde refirió al despertar esa mañana que presentaba parestesias, edemas desde tercio distal de brazo derecho hasta mano, con dolor en los movimientos y disminución de fuerza. Tras las pruebas efectuadas el informe concluye como juicio clínico, probable linfodema.

11. En el año 2013, la mamografía bilateral que se le realizó no identificaba signos de sospecha de malignidad y tampoco la ecografía de mamas y axilas. Se le efectúa radiografía de hombro derecho dentro de la normalidad.

12. Con ocasión de la mamografía realizada el día 5 de febrero de 2014, se observa "Resección segmentaria mama derecha. Reconstrucción mamaria bilateral. Lesión de 10 mm en UCS, periprotésica en el lado derecho, con diagnóstico citológico de carcinoma grado intermedio de malignidad. No hay sospecha de afectación axilar. Exploración Física: mal resultado estético con retracción de la cicatriz de mama derecha. No nódulos en mama izda ni cadenas ganglionares. En mama derecha se palpa por debajo de la cicatriz y en areola, hacia CSE, una zona indurada nodular, de unos 13 mm, sospechosa de malignidad y que no se si corresponde al diagnóstico de carcinoma. En zona medial de la cicatriz induración de menos de 1 cm, no sospechosa."

Se le informa del diagnóstico y de las posibilidades terapéuticas entre ellas una mastectomía y reconstrucción al mismo tiempo de hacerlo con colgajo de tejido autólogo.

El día 25 de marzo se le practica “mastectomía por recidiva local (o segundo primario ipsilateral) por carcinoma ductal infiltrante grado 2, de 2,2 centímetros de diámetro con afectación extracapsular 2/15 ganglios axilares. El día 7 de abril se le realiza linfadenectomía axilar radical por ganglio axilar positivo, extirpando los niveles ganglionares I y II de Berg. La A-P informa de un ganglio linfático con metástasis por carcinoma con extensión extracapsular de un total de 10 ganglios aislados en número de estudio B14-06584, es decir, en total dos ganglios linfáticos con macrometástasis de un total de 14 aislados, estadio pT1c pN1a”.

Se le hacen tras la intervención numerosas pruebas para determinar posibles metástasis en bronquios, hígado y riñones, resultando negativas así como estudio genético que determina que no es portadora de mutaciones en los genes BRCA1 y BRCA2.

Precisó de quimioterapia adyuvante desde el día 8 de mayo hasta el 23 de octubre, iniciando posteriormente hormonoterapia prevista para cinco años. En ese momento del alta presentaba marcadores tumorales negativos y analíticamente no se le detectaron alteraciones reseñables salvo leucopenias postciclos.

13. En el año 2015, en los controles realizados mediante TAC toraco-abdominal no se apreciaron cambios reseñables, informando de lesión densa esclerosa en vertiente derecha del cuerpo vertebral D11 ya vista en anteriores exploraciones.

El día 29 de abril, se le interviene de anexectomía bilateral profiláctica vía laparoscópica sin complicaciones.

Las pruebas realizadas a doña... con fecha de 19 de agosto, en el servicio de neurofisiología, concluyen que hay “evidencia neurofisiológica de neuropatía focal mediana derecha a nivel de muñeca (túnel del carpo) de grado moderado (compromiso de rama motora y sensitiva)”.

Debido a que continuaba con dolores en hombro izquierdo precisó rehabilitación desde el día 31 de agosto hasta el día 7 de octubre para tratar dolor en hombro derecho de características mecánicas,

El 1 de septiembre, la resonancia magnética mamaria y axilar con contraste indica que es compatible con la normalidad.

14. No consta que en la actualidad haya habido complicaciones ni datos a reseñar en cuanto a sus problemas oncológicos, siguiendo con los controles ordinarios. Por otro lado se encuentra pendiente de cirugía traumatológica, liberación del túnel carpiano y de revisión en el servicio de rehabilitación en octubre. No consta si continúa en la actualidad en situación de incapacidad temporal, situación en la que se encontraba desde el 24 de febrero de 2014.

### **Informes**

A solicitud del instructor del expediente, han emitido informes los siguientes especialistas del Complejo Hospitalario de Navarra (CHN): el Jefe del Servicio de Anatomía Patológica; el Jefe de la Unidad de Cirugía Mamaria; el Jefe del Servicio de Medicina Nuclear; la Jefa del Servicio de Rehabilitación; el Jefe del Servicio de Radiología y de la sección de Radiología de Mama y Axila; el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología; y la Jefa del Servicio de Oncología Médica.

a) En el Informe del Jefe de Servicio de Anatomía Patológica, se hacen constar los siguientes datos de interés:

- La historia del carcinoma de mama comenzó a efectos de este servicio el día 25 de febrero de 2004, en la que se le diagnosticó “en una biopsia asistida por vacío (mamotomo) un CARCINOMA INTRADUCTAL CON CANCERIZACION LOBULILLAR en la mama derecha (B04-03100).”

- El 23 de enero de 2007 “se le realizó un punción aspirativa con aguja fina (PAAF) guiada por ecografía de un ganglio linfático que resultó negativa”.

- El día 27 de febrero de 2008, se le tomaron biopsias gástricas y de intestino grueso por patología no relacionada con el tumor de mama.

- El día 28 de agosto de 2008, “con motivo de la reconstrucción mamaria se nos remite un tejido cicatricial que se informa como lesión cicatricial sin tumor”

- Las siguientes muestras se reciben el día 28 de noviembre de 2011, “consisten en fragmentos de piel y tejido fibroso correspondientes respectivamente a mama derecha e izquierda tomadas a raíz de una nueva intervención de cirugía plástica. En las muestras correspondientes se diagnosticó CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE GRADO II. Este informe está fechado el día 14/12/2011 y consta como validado en la Historia Clínica Informatizada (HCI) en esa misma fecha”.

- El Servicio de Anatomía Patológica “no vuelve a tener noticia de esta paciente hasta el 06/02/2014 fecha en la que se realiza una PAAF (C14-04325) cuyo diagnóstico fue CARCINOMA DE GRADO INTERMEDIO DE MALIGNIDAD.”

- El 25 de marzo de 2014, se le realizó una mastectomía derecha donde se confirmó “la existencia de CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE GRADO II y posteriormente (08/04/2014) una linfadenectomía derecha con el resultado de dos ganglios linfáticos metastatizados”.

- Nuevas biopsias de colon y estómago realizadas en febrero de 2014 y una anexectomía bilateral profiláctica en fecha de 30 de abril de 2015, completan la historia anatomopatológica de esta paciente.

b) El Informe del Jefe de la Unidad de Cirugía mamaria indica tras un resumen de la historia clínica de la doña..., desde la localización en abril de 2004 de un carcinoma intraductal de grado nuclear con necrosis grado II, las operaciones efectuadas, tratamientos llevados, así como las revisiones periódicas efectuadas por ese servicio, consta que a partir del año 2008, fue valorada, tratada e intervenida en diversas ocasiones por el servicio de cirugía plástica para llevar a cabo una reconstrucción mamaria.

El 15 de marzo de 2011, fue valorada en consulta de seguimiento, haciendo estudio radiológico, no constando ni en la mamografía, ni en la ecografía de mama y axilar hallazgos anormales siendo todos los estudios compatibles con la normalidad.

Es vista nuevamente, en la consulta el día 4 de marzo de 2013, y tras las correspondientes pruebas efectuadas, no se identifican alteraciones patológicas ni signos radiológicos que hagan sospechar de malignidad.

A finales de febrero es vista en la consulta tras valorar el resultado de la mamografía de 5 de febrero de 2014, que decía “resección segmentaria mama derecha. Reconstrucción mamaria bilateral. Lesión de 10 mm en UCS, periprotésica en el lado derecho, con diagnóstico citológico de carcinoma grado intermedio de malignidad. No hay sospecha de afectación axilar”. Efectúan una exploración física en la que observan que “en mama derecha se palpa por debajo de la cicatriz y en areola, hacia CSE, una zona indurada nodular, de unos 13 mm, sospechosa de malignidad y que no se si corresponde al diagnóstico de carcinoma. En zona medial de la cicatriz induración de menos de 1 cm, no sospechosa.” Se le informa del diagnóstico y de las posibilidades terapéuticas que pasarían por una mastectomía.

El 25 de marzo se le opera mediante incisión de Stewart preservando el máximo de piel, accediendo al hueco axilar, y consiguiendo la disección del colgajo inferior y extirpar en bloque piel, glándula mamaria y aponeurosis del pectoral, lo cual se envía para estudio diferido.

En el Servicio de Anatomía Patológica se analiza y se señala que el tamaño tumoral es de 22 x 11 milímetros que “afecta focalmente el margen quirúrgico posterior, en una única sección”. Ante este resultado se propone nueva intervención que fue realizada el día 7 de abril, realizando lifadenectomía axilar radical por ganglio centinela.

Posteriormente se llevan a cabo pruebas en estudio de extensión tales como ecografía, TAC abdomino-pélvico, gamma-grafía morfofuncional, así como PET, remitiendo todo ello a la consulta de oncología médica para tratamiento oncológico.

En la visita del día 21 de noviembre de 2015 y ante la persistencia de adormecimiento de los dedos todavía y pérdida de fuerza de la mano derecha, se le propone tratamiento farmacológico y se le hace estudio genético que fue negativo. En la exploración física consta “no nódulos en la mama izquierda ni en la reconstrucción derecha, ni cadenas ganglionares. Pérdida de fuerza de presa en mano derecha”.

La última revisión fue el día 30 de diciembre de 2015, en la que tras las pruebas necesarias concluye el estudio radiológico que es compatible con la normalidad.

El informe finaliza diciendo que la paciente sigue en la actualidad los controles en los servicios de Cirugía General, Oncología Radioterápica y Oncología Médica según el protocolo del cáncer de mama.

c) Informe de la Jefa del Servicio de Rehabilitación.

En la revisión de 10 de diciembre de 2014, la paciente refiere disestesia en cara posterior de hombro y cara interna de brazo que le interfieren el descanso nocturno, sensación de calambres y adormecimiento de dedos 3º, 4º y 5º al realizar actividades de manipulación fina. Se le prescribe farmacología y se le cita a revisión al año siguiente.

En visita pautada de 31 de agosto de 2015, al realizarle ENG, se observa compromiso moderado del nervio mediano, con dolor mecánico en hombro derecho con posturas por encima de 90º, se valora efectuar descompresión del túnel carpiano. Se le prescribe rehabilitación mediante electroterapia y cinesiterapia para mejorar el dolor del hombro derecho.

En día 7 de octubre tiene visita donde la paciente dice encontrarse mejor del dolor en el hombro derecho, y se le aprecia disestesia en cara interna de brazo y le recomiendan continuar con los fármacos. Consta que ha comenzado el programa de..., y se le indica realizar ejercicios específicos de hombro.

Por último se dice que en estos momentos, 8 de febrero de 2016, esta pendiente de una nueva consulta ya que teniendo fecha el 26 de enero para

intervención del túnel carpiano de muñeca derecha, la paciente suspendió la intervención.

d) Informe del Jefe del Servicio de Radiología:

Se afirma que de ningún modo puede considerarse, que el desgraciado resultado de las actuaciones realizadas a doña... pueda ser achacable, a las exploraciones e informes realizados en el Servicio de Radiología. Se le han realizado en los plazos convenientes y con la diligencia y profesionalidad exigibles cuantas pruebas y revisiones periódicas han sido necesarias.

Las revisiones arrojaron resultados normales hasta el 24 de noviembre de 2011 (inclusive). El día 28 de noviembre de 2011, se descubrió por azar un pequeño tumor infiltrante en la pieza obtenida tras una intervención de carácter cosmético realizado por el Servicio de Cirugía Plástica, considerando que el servicio responsable de no haber adoptado las medidas oportunas tras este hallazgo es el que extrajo la pieza y la remitió a Anatomía Patológica, es decir el Servicio de Cirugía Plástica, o bien, acaso, el propio Servicio de Anatomía Patológica, pero en ningún modo a este Servicio que continuó con sus revisiones anuales los días 8 de marzo de 2012 y 22 de febrero de 2013, sin hallar signos de malignidad ni de sospecha.

En la revisión llevada a cabo el día 1 de febrero de 2014, se descubrió, mediante ecografía, un nódulo sospechoso realizándose biopsia con resultado de carcinoma infiltrante. Este hallazgo y el resultado correspondiente fueron finalmente responsables de la mastectomía y de la linfadenectomía axilar.

El informe tras atribuir la responsabilidad de no dar cuenta del hallazgo de Anatomía Patológica en noviembre de 2011, a otros servicios, concluye diciendo que “no compete a los radiólogos estar pendientes ni comunicar resultados histológicos habidos como consecuencia de intervenciones quirúrgicas realizadas por especialistas de otros servicios”.

e) Informe del Jefe del Servicio de Medicina Nuclear

Se señala que a petición de la Unidad de Cirugía Mamaria, el Servicio de Medicina Nuclear ha intervenido en el proceso diagnóstico y estadificación axilar del carcinoma de mama derecha intervenido el día 25 de marzo de 2014 y la realización de una gammagrafía ósea para detectar extensión de la enfermedad el día 9 de abril de 2014.

Después de hacer una breve explicación de las pruebas diagnosticas, señala que con fecha de 24 de marzo de 2014, se realizó gamma-grafía morfofuncional para detección de ganglio centinela de tumor de mama. Informe de la prueba: “En el estudio linfogammagráfico realizado se observa, fundamentalmente en la proyección lateral, un foco de hipercaptación en región axilar del lado correspondiente a la lesión sugestivo de ganglio centinela. Se aprecia migración tardía y de menor intensidad en región mamaria interna. Se marca con tinta indeleble la proyección en piel del ganglio centinela axilar”.

El día 25 de marzo de 2014 se procede por parte del Servicio de Cirugía a realizar mastectomía simple y biopsia de ganglio centinela axilar.

En exploración de 9 de abril de 2014, “en el estudio gammagráfico realizado no se observan focos de hipercaptación que puedan ser sugestivos de metástasis óseas con actividad osteogénica aumentada. Se aprecia leve captación de distribución articular en vertiente derecha L4-L5, sugestivo de patología articular benigna”. Signos de artropatía degenerativa en L4-L5.

f) Informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología.

La paciente fue vista por primera vez en este servicio, concretamente en el CAM de Burlada el día 18 de febrero de 2015.

Dado que se le realizaron análisis de los genes BRCA1 y BRCA2, asociados a un alto riesgo de desarrollar un cáncer de mama y ovario y aunque los análisis dieron resultado negativo, tras hablar con la paciente se decide someterle a una anexectomía bilateral profiláctica que se realiza el día 29 de abril de 2015.



#### g) Informe del Servicio de Oncología Médica

Dice, acerca del informe solicitado por el Servicio de Régimen Jurídico del SNS-O, que “tras revisar la historia clínica de la paciente confirmar que durante el tiempo en el que se realiza la reclamación la paciente no tuvo revisiones en el Servicio de Oncología Médica ya que éstas empezaron en un momento posterior por lo que no se puede aportar datos de nuestro servicio durante ese periodo”.

#### **Dictámenes médicos**

Consta en el expediente el dictamen médico emitido por la asesoría médica... (en adelante,...), a solicitud de la compañía de seguros que en la actualidad cubre este tipo de responsabilidades sanitarias del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en relación con la reclamante.

En el mismo, de fecha 28 de marzo de 2016, realizado por el doctor don..., especialista en Oncología Médica, Jefe del Servicio del Hospital Universitario HM de..., tras realizar un minucioso estudio de los antecedentes de la paciente, del desarrollo de los hechos, así como consideraciones médicas acerca del cáncer de mama, los protocolos de revisiones utilizados así como las distintas operaciones a las que ha sido sometida y la práctica y proceder médico en este caso concreto, llega a las siguientes conclusiones:

1. “El hallazgo de tejido tumoral en forma de carcinoma infiltrante con borde afecto en la intervención realizada el 28 de noviembre de 2011 obliga a la información del hallazgo a la paciente por parte del servicio realizador de la intervención y a plantear consecuentemente una reintervención quirúrgica de la mama afectada.
2. La ausencia de la intervención en este momento conllevó un aumento del riesgo de recaída local y sistémica en forma de metástasis, situación con grave riesgo de incurabilidad, si bien dicha situación no nos ha sido notificada a la fecha de emisión de este informe.

3. La intervención finalmente realizada en el año 2014 y las consecuentes complicaciones no son distintas a las que hubieran acaecido de haberse realizado en el año 2011, tras la detección del tejido tumoral.”
4. Como conclusión final se termina diciendo que, “La intervención por parte del servicio de Cirugía Plástica de 28 de noviembre del 2011 no se continuó con los procedimientos considerados como dentro de los parámetros esperables de actuación en esta situación, y expuso a la paciente a un aumento del riesgo de recaída local y sistémica que no han sido notificadas.

La intervención realizada en el año 2014 y sus secuelas y consecuencias, sin embargo, no hubieran sido distintas a las realizadas de haberse realizado mas precozmente.”

Así mismo consta, unido al escrito de reclamación inicial de doña..., Dictamen médico efectuado por la doctora doña..., Licenciada en Medicina y Cirugía por la Universidad del País Vasco, Especialista en Medicina Legal y Forense, Máster en Valoración del Daños Corporal por la Universidad Complutense de Madrid.

En dicho dictamen, se relacionan informes médicos obrantes en el historial clínico de la reclamante, efectuando consideraciones médico forense, de las cuales se destacan las siguientes:

1. “Es prácticamente imposible determinar el curso de la enfermedad incluso en pacientes sin evidencia de afectación ganglionar. Generalmente se trata de un tumor de crecimiento lento y comportamiento impredecible, pero se podría asegurar que existiendo un diagnóstico previo en 2011 confirmado anatómo-patológicamente como clara recidiva tumoral, se precisan actuaciones terapéuticas inmediatas para evitar la progresión de la enfermedad neoplásica, ya que el transcurso del tiempo es un factor que favorece el crecimiento tumoral y el tamaño tumoral guarda cierta relación con el estado de afectación ganglionar.”

2. “En el caso de nuestra paciente, ha existido un retraso de 3 años en la aplicación del tratamiento adecuado requerido para esta patología una vez detectada...que ha supuesto un incremento en el riesgo de crecimiento y extensión tumoral tanto local como a distancia, y por tanto una influencia clara en el pronóstico de la enfermedad.”

Se realiza una valoración del daño corporal, a efectos de atribuirle la indemnización que corresponde en virtud de esta segunda intervención y de las secuelas derivadas de la misma y se considera de la siguiente manera:

- Días de hospitalización: 12 días.
- Días impeditivos: 579 días.
- Días invertidos en la curación: 591 días.
- La exploración se realiza el día 16 de septiembre de 2015, y como secuelas considera las siguientes:
  - Hombro derecho: Omálgia derecha: encuadrada dentro de artrosis postraumática y/o hombro doloroso (entre 1-5 puntos) = 5 puntos.
  - Limitación de la movilidad en el hombro: entre 1-5 puntos = 3 puntos.
  - Perjuicio estético medio, por cicatriz central mama derecha de 21 centímetros hipopigmentada sin satélites, sin reconstrucción de pezón con prótesis (13-18 puntos) = 18 puntos.

El dictamen continúa que “hay que destacar la repercusión psicológica ocasionada por el resultado que puede tener dicha patología tras 3 años sin aplicar tratamiento alguno y la incertidumbre que puede generar el comportamiento de este tipo de neoplasias con el antecedente acaecido, y que obliga a controles evolutivos periódicos de forma indefinida”.

Las conclusiones a las que llega finalmente la doctora... son las siguientes:

1. La paciente ha sufrido un retraso en la aplicación del tratamiento terapéutico adecuado a la patología diagnosticada de un total de tres años, favoreciendo por tanto el crecimiento y la diseminación tumoral.
2. El resultado de la prueba anatómo-patológica pasó desapercibido por lo que existen suficientes elementos desde el punto de vista médico-legal que “permiten afirmar que la causa de la demora en la aplicación del tratamiento adecuado a la recidiva neoplásica hasta el 2014, se encuentra en esa omisión.”
3. “La paciente presenta como secuelas las reseñadas anteriormente: limitación a la movilidad del hombro derecho con dolor, que se valora con un total de 8 puntos + 18 puntos de perjuicio estético.”
4. “La patología interfiere en las actividades de la vida diaria de la paciente por tanto se considera periodo impeditivo, quedando establecido de la siguiente forma: La fecha de estabilización se establece el 07/10/2015, precisando 12 días de hospitalización, 579 días impeditivos y 0 días no impeditivos, con un total de 591 días invertidos en la curación.”

### **Trámite de audiencia y alegaciones**

Mediante escrito de 21 de junio de 2016, el instructor dio trámite de audiencia a los interesados por un periodo de 10 días hábiles, para que pudiera formular alegaciones, aportar los documentos y justificaciones que estimase pertinentes, dándosele copia de todos los documentos médicos incorporados al procedimiento que son: historia clínica de doña..., relacionada con los hechos objeto de la reclamación, remitida por el director del Complejo Hospitalario de Navarra; informe del Jefe de Servicio de Anatomía Patológica; del Jefe de la Unidad de Cirugía Mamaria; del Jefe del Servicio de Medicina Nuclear; de la Jefa del Servicio de Rehabilitación; del Jefe del Servicio de Radiología y de la sección de Radiología de Mama y

Axila; del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología; y la Jefa del Servicio de Oncología Médica y por último el dictamen médico legal realizado por Promede a instancias de la aseguradora de la Administración.

En virtud, del traslado conferido y de la documentación obrante en el expediente, la representación letrada de doña..., formalizó en plazo el escrito de alegaciones, reiterándose íntegramente en lo ya manifestado y solicitado en su escrito inicial de reclamación.

### **Propuesta de resolución**

La propuesta de resolución precedida de un informe jurídico de fecha 4 de julio de 2016, de la que es fiel reflejo, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por doña..., don... y doña...y doña..., por presuntos daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

En su fundamentación se refiere a las conclusiones de los informes efectuados por los distintos servicios especializados del Complejo Hospitalario de Navarra, actuantes durante todo el proceso oncológico y de cirugía de la reclamante, así como a las conclusiones del informe aportado por la aseguradora del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, asesoría médica Promede, y en consecuencia, se consideran correctas y ajustadas a la “lex artis” las actuaciones desarrolladas en cada momento por los profesionales que atendieron a la paciente, no existiendo justificación objetiva que pueda fundamentar una responsabilidad de esta Administración sanitaria, y así mismo se analiza detenidamente el hecho, de que “aun reconociendo que la ausencia temprana de la intervención aunque con algún riesgo, las complicaciones hubieran sido las mismas que las acontecidas en el 2014, lo que nos lleva a concluir que no estamos en presencia de ningún supuesto de pérdida de oportunidad, pues la intervención no temprana no redujo la eficacia del tratamiento ni agravó el pronóstico de la enfermedad”

Continúa diciendo la propuesta de Resolución que de lo anteriormente expuesto se concluye que la actuación de los profesionales sanitarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea fue plenamente adecuada y de

acuerdo a la “lex artis ad hoc”, por lo que procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial.

## **II. CONSIDERACIONES JURIDICAS**

### **II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen**

La consulta que se nos efectúa versa sobre una reclamación formulada por doña..., don... y doña...y doña..., por los daños y perjuicios derivados de asistencia sanitaria, siendo responsable de los mismos el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea dependiente de la Administración Foral de Navarra, solicitando una indemnización de trescientos noventa y ocho mil novecientos setenta y cuatro euros con treinta y cinco céntimos (398.974,35 €).

El artículo 16.1. letra i) de la LFCN ordena que se consulte al Consejo de Navarra en los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un organismo consultivo; en particular, en las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros, no siendo aplicable por razones temporales, atendiendo al inicio del procedimiento, la actualmente vigente Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, del Consejo de Navarra.

Por su parte, el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, (en adelante, RPRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone en su art.12.1 que, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, se recabe el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, remitiéndole todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución. El apartado 2 de dicho precepto reglamentario añade que “se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común...”

En consecuencia, de acuerdo con los preceptos citados, este Consejo emite dictamen preceptivo al versar la consulta sobre una reclamación de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 300.000 €.

## **II.2ª. Sobre competencia y tramitación del procedimiento**

La Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN), regula en sus artículos 80 y siguientes el procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial. En el procedimiento general se contemplan sucesivamente la práctica de las pruebas que se declaren pertinentes, solicitud de otros informes necesarios, audiencia de los interesados, dictamen del Consejo de Navarra cuando sea preceptivo, propuesta de resolución y por último resolución definitiva por el órgano competente y su posterior notificación (artículo 82).

Por otro lado, la determinación del órgano competente para dictar la resolución se atribuye en el artículo 116 de la LFACFN, en los supuestos derivados de responsabilidad patrimonial al Presidente o Director Gerente de los respectivos organismos autónomos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

En cuanto a la tramitación de este procedimiento, se han incorporado al expediente los documentos necesarios para conocer las circunstancias a tener en cuenta en la atención prestada a la reclamante, obrando en el mismo su historial clínico, los informes emitidos por los distintos servicios médicos, así como el informe de la asesoría médica Promede en relación con los hechos objeto de la reclamación; igualmente figura en el expediente informe pericial a instancias de la parte reclamante realizado por la doctora doña... Se ha dado trámite de audiencia, con traslado de copias de todo lo obrante en el expediente para presentación de alegaciones y de la documentación que estimara necesaria para la defensa de sus intereses, todo ello previo a la propuesta de resolución.

En base a lo anterior, consideramos que en términos generales se ha dado cumplimiento a la normativa aplicable por lo que el procedimiento seguido se considera correcto.

### **II.3ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria: regulación y requisitos**

Como se ha repetido por este Consejo de Navarra, en dictámenes anteriores, la responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución de garantía de los ciudadanos prevista en el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE), encontrándose su regulación en los artículos 139 a 144 (capítulo I del título X) de la LRJ-PAC, que ha sido parcialmente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y en el RPRP.

El punto de partida lo constituye el artículo 139.1 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2). Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 de la LRJ-PAC). La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 141.2 de la LRJ-PAC). El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (artículo 142.5 de la LRJ-PAC).

La carga de la prueba de los hechos necesarios para que exista la responsabilidad corresponde a quien reclama la indemnización; y, en cambio, corre a cargo de la Administración la prueba del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficientes para considerar roto el nexo causal (STS de 13 de julio de 2000, entre otras).



Por su parte, el artículo 77.1 de la LFACFN, dispone que, mediante el procedimiento establecido en la misma, la Administración de la Comunidad Foral de Navarra podrá reconocer el derecho a indemnización de los particulares por las lesiones que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

#### **II.4ª. La relación de causalidad y antijuridicidad del daño: cumplimiento de la “lex artis” y la denominada pérdida de oportunidad**

De acuerdo con lo señalado por este Consejo en dictámenes anteriores (entre otros, el 36/2015 de 1 de diciembre, 3/2016 de 11 de enero, 7/2016, 8/2016 y 9/2016 de 25 de enero, entre otros y los más recientes 16 y 18/2016 de 6 de abril), el sistema real de responsabilidad patrimonial de la Administración viene dotado de naturaleza objetiva, pero cuando nos encontramos ante una prestación pública en el ámbito sanitario, la traslación del principio de objetividad puede dar lugar a resultados no solo contrarios a un elemental principio de justicia, sino también a la función del instituto indemnizatorio, por ello reiterada jurisprudencia señala que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (SSTS de 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002); y, por otro lado, como también ha recordado el Tribunal Supremo (SSTS de 19 de junio de 2001 y 4 de marzo de 2006), no es suficiente para que exista responsabilidad patrimonial la apreciación de deficiencias en la atención médica prestada, sino que es necesario, además, que el perjuicio invocado cuya reparación se pretende sea una consecuencia o tenga como factor causal dicha prestación sanitaria.

En el ámbito de la Administración sanitaria, en la medida en que no es posible garantizar en toda circunstancia la curación de los enfermos, se viene utilizando como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, a los efectos de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el criterio de la “lex artis”, pues la

obligación del profesional sanitario se concreta en prestar la debida asistencia al paciente. En este sentido, SSTS de 25 de febrero de 2009 y de 10 de julio de 2012, disponen que "Frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencias de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la "lex artis", y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles".

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de julio de 2004, señaló que: "lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis".

Por otra parte, la denominada "lex artis" se identifica con el "estado del saber", considerando, en consecuencia, como daño antijurídico aquel que es consecuencia de una actuación sanitaria que no supera dicho parámetro de normalidad. En este sentido, el art. 141.1 de la Ley 30/1992 establece que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de los mismos, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos supuestos. Así, la

sentencia de 25 abril 2002 declaró que: "Prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas".

En el presente caso nos encontramos con una reclamación patrimonial en la que se alega negligencia médica por haber pasado por alto, por parte de todos los servicios especializados que trataban a la reclamante, el Informe del Servicio de Anatomía Patológica del CHN de fecha 14 de diciembre de 2011, en el que tras analizar una muestra de tejido mamario extraído con motivo de una operación de cirugía estética en la mama, se detectó un carcinoma infiltrante grado histológico II. Por lo que durante más de dos años estuvo sin ningún tipo de tratamiento necesario para paliar los efectos de dicho carcinoma, hasta que con fecha de 5 de febrero de 2014, observaron que en la mama derecha se palpaba una zona indurada nodular sospechosa de malignidad, que posteriormente así resultó, lo que dio lugar a una mastectomía y linfadenectomía axilar radical por ganglio axilar positivo, tratamiento con quimioterapia y posteriormente con hormonoterapia, con una duración de 5 años.

### **A) Acerca de la negligencia médica y la pérdida de oportunidad**

La reclamación, como ya hemos dicho, tiene su origen en la existencia de una supuesta negligencia médica, al no tener en cuenta el diagnóstico de malignidad en el análisis de tejido mamario realizado en diciembre de 2011, dando lugar a que hasta febrero de 2014, en que se le vuelve a diagnosticar de carcinoma intraductal grado II, no se tomaran las medidas adecuadas tanto quirúrgicas como farmacológicas para paliar e intentar curar los efectos en doña..., de la recidiva en su cáncer de mama.

Del análisis del profuso historial clínico de doña... resulta que, con fecha de 14 de diciembre de 2011, se remitieron muestras de tejido de la mama derecha al Servicio de Anatomía Patológica, evidenciándose en el diagnóstico del fragmento de tejido fibroso la existencia de una infiltración por un carcinoma ductal infiltrante grado histológico II. Es evidente que dicho

descubrimiento de malignidad en la mama de la reclamante pese a estar claramente indicado en el Informe realizado por dicho servicio, incluso remarcado en mayúsculas, pasó desapercibido para el Servicio de Cirugía Plástica, Oncología, Radiología, Rehabilitación, Unidad de Cirugía Mamaria, es decir, para todos los servicios especializados que desde el año 2004 controlaban y sometían a pruebas periódicas a doña...

Lo que hay que analizar en este supuesto es si el retraso en el tratamiento adecuado puede determinar sin más las indemnizaciones que se están reclamando, ya que si se le hubiera dado el tratamiento oportuno en diciembre de 2011, se ¿hubiera podido impedir una mastectomía, y/o linfadenectomía así como el tratamiento de quimioterapia y hormonoterapia que posteriormente se le efectuó y pautó?

El diagnóstico que se da por el Servicio de Anatomía Patológica en el año 2011, no varía en cuanto al observado en marzo de 2014, en el que detectan la existencia de un carcinoma ductal infiltrante grado II.

No es baladí, decir que probablemente los tratamientos a seguir en caso de haber actuado con prontitud en relación con el diagnóstico de diciembre de 2011, hubieran sido similares a las intervenciones quirúrgicas y tratamientos pautados a partir de marzo de 2014, por cuanto que nos encontramos con una paciente con una recidiva en su cáncer de mama, siendo habitual y como medida preventiva en este tipo de situaciones de repetición del cáncer que se indique una mastectomización, Infadenectomía así como tratamientos más fuertes y seguros como es el caso de la quimioterapia.

En sus conclusiones generales el dictamen médico de Promede dice que “la intervención finalmente realizada en el año 2014 y las consecuentes complicaciones no son distintas a las que hubieran acaecido de haberse realizado en el año 2011, tras la detección del tejido tumoral”. De todas formas tampoco podemos olvidar lo que este mismo dictamen médico dice acerca de que “la ausencia de la intervención en este momento conllevó un aumento del riesgo de recaída local y sistémica en forma de metástasis,

situación con grave riesgo de incurabilidad, si bien dicha situación no nos ha sido notificada a la fecha de emisión de este informe”.

Lo cierto es que, aun en el mejor de los casos, en el supuesto de que se hubiera actuado sobre la paciente desde el momento del primer diagnóstico, no podemos llegar a saber cuál hubiera sido el resultado final de las intervenciones practicadas. Doña..., al parecer ha sido, aunque tarde, adecuadamente tratada, aunque no se puede saber a futuro que sucederá con la salud de la misma, es decir, la incertidumbre por no haberle tratado tempranamente cuando se detectó el carcinoma, es patente en este caso.

En los informes médicos obrantes así como en los dictámenes periciales médicos se pone de relieve que una vez detectado el carcinoma por los servicios especializados y establecido el diagnóstico correcto, el tratamiento médico quirúrgico y farmacológico fue el adecuado, siendo la actuación de los diferentes servicios médicos ajustada a la *lex artis* y hasta la fecha en que se nos ha remitido este expediente, al parecer se ha obtenido un resultado de curación ajustado al estado de la ciencia médica.

Consideramos, por lo tanto, que hay que situar la reclamación en la denominada pérdida de oportunidad caracterizada por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber minorado las consecuencias de un carcinoma en mama detectado con anterioridad, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado, de dos elementos de difícil concreción, como son: el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido un efecto beneficioso y el alcance o entidad del mismo.

Respecto a la denominada pérdida de oportunidad que, en el propio escrito de la reclamante se señala, hemos de citar entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero, 3 de julio, 20 de noviembre y concretamente la de 3 de diciembre de 2012, en recurso de casación número 3892/2011, que dice:

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 , como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura

alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º).

No hay elementos en los informes médicos especializados, ni en los dos dictámenes médicos que obran en el expediente, que indiquen que si se hubiera actuado en diciembre de 2011, cuando se tiene conocimiento del primer diagnóstico, el tratamiento hubiera sido diferente e incluso que los periodos de hospitalización, baja con impedimento para su vida diaria y secuelas hubieran resultado inferiores y de menor entidad.

Lo cierto es que dicho retraso en el tratamiento supone una privación de expectativas, constituyendo 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.

En definitiva, se ha producido una pérdida de oportunidad en la reclamante, cuyas consecuencias no pueden determinarse con seguridad, pero que obligan a indemnizar.

## **B) Acerca de las indemnizaciones solicitadas por los reclamantes y las que corresponden**

La consecuencia de la declaración de responsabilidad patrimonial por pérdida de oportunidad determina una indemnización, que no depende directamente de los resultados dañosos sufridos, sino de una ponderación del alcance en el caso concreto del espacio de tiempo carente de actuación médica específica encaminada al tratamiento de su patología, lo que se podía haber disminuido con una intervención quirúrgica temprana, juntamente con el sufrimiento adicional de la paciente, y de las expectativas de curación o mejoría por no utilizarse con prontitud los medios al alcance del sistema sanitario.

Como ya hemos dicho no está probado que si en el momento de la detección del carcinoma de mama derecha en doña... por parte del Servicio de Anatomía Patológica, diciembre de 2011, se hubiera actuado de acuerdo con los protocolos médicos establecidos en este tipo de dolencias, esta actuación hubiera evitado los días de baja hospitalarios, impeditivos y las secuelas que en la actualidad padece la misma, algunas de las cuales como las lesiones en el hombro derecho, ya existían con anterioridad derivadas del cáncer en mama detectado y tratado en el año 2004.

Al efecto citamos la Sentencia del T.S de 26 de septiembre de 2014, en recurso de casación 3637/2012 que dice:

"...respecto de las razones por las que se determina la cuantía de la indemnización, que no se refiere a una declaración de responsabilidad patrimonial, pues expresamente excluye dicha responsabilidad, sino a la "pérdida de oportunidad" apreciada por la sentencia. Así es, la sentencia, tras valorar los diversos informes médicos obrantes en las actuaciones de instancia y en el expediente, considera que " en consecuencia, no se puede apreciar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigibles para fundamentar la estimación de la pretensión indemnizatoria al no poder tenerse por probada la infracción de la lex artis ad hoc al haberse realizado todas la pruebas diagnósticas requeridas y no poderse constatar un diagnóstico erróneo ni la omisión de comprobaciones o exámenes exigibles" . Seguidamente, en el fundamento cuarto, al que se refiere la parte recurrente, señala que no obstante dicha falta de responsabilidad patrimonial, se aprecia la "pérdida de oportunidad" que en este caso viene representada por la demora en realizarse la cesárea ante la larga duración de la expulsión, lo que no supone una lesión de la " lex artis " porque se ignora si se hubiera evitado con dicha medida el resultado producido, tan solo se trata de evaluar, en un cálculo de

probabilidades, si quizás hubiera habido alguna posibilidad de haber alcanzado un resultado mejor para el paciente. De modo que la construcción del motivo parte de un presupuesto inadecuado porque no estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial que indemnice en función del daño producido.”

Valorando, por lo tanto, la privación de expectativas de la reclamante, como consecuencia del retraso en las intervenciones médicas tras el diagnóstico, y que los días de baja que se reclaman y las secuelas, así como el resto de las indemnizaciones solicitadas, lo son como consecuencia de la propia enfermedad y no del actuar de los servicios sanitarios, consideramos que la suma de 30.000 € es ajustada para resarcir esa pérdida de oportunidad de tratamiento inmediato, a favor de la reclamante señora...

### **III. CONCLUSIÓN**

El Consejo de Navarra considera que la reclamación formulada por doña..., don... y doña...y doña..., por daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios debe estimarse parcialmente y reconocerse a doña... una indemnización de 30.000 €

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.