



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 18/2002

La Laguna, a 22 de febrero de 2002.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Director del Servicio Canario de la Salud en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por C.D.R.V., por daños personales como consecuencia del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria (EXP. 198/2001 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del Dictamen a emitir en el expediente arriba referenciado, solicitado por el Director del Servicio Canario de la Salud (SCS), es el examen crítico sobre la adecuación al Ordenamiento Jurídico de la Propuesta de Resolución formulada en un procedimiento administrativo sobre responsabilidad patrimonial de dicho Organismo Autónomo, derivada de la actuación del servicio público sanitario de titularidad autonómica que presta (arts. 149.1.17ª de la Constitución, CE; 32.10 y 18 del Estatuto de Autonomía, EAC; y Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo, de traspaso a la Comunidad Autónoma de Canarias de funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, INSALUD).

El procedimiento administrativo se inició a solicitud de C.D.R.V., formalizada por escrito -presentado ante la Consejería de Sanidad y Consumo el día 18 de abril de 2000, y recibido en el SCS, a donde fue remitido, el 5 de mayo siguiente- mediante el que formuló reclamación de indemnización por daños físicos y morales producidos en su persona.

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

El hecho lesivo consiste en la evolución y agravamiento de un tumor que, se alega, padecía la reclamante en su mama izquierda desde el 12 de diciembre de 1997, debidos, según pretende, al retraso en su diagnóstico y por razón del cual hubo de practicársele, el 4 de octubre de 1999, una intervención quirúrgica de mastectomía radical ampliada izquierda, con la consiguiente pérdida total de la mama y demás consecuencias, incluido el riesgo de fallecimiento.

2. La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo tienen su fundamento legal en el art. 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo (LCC) en relación con el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE).

Por otra parte, la legitimación del Director del SCS para solicitar el Dictamen resulta del art. 11.1, LCC, modificado por la Ley 2/2000, de 17 de julio, de medidas económicas en materia de organización administrativa y gestión relativas al personal y de establecimiento de normas tributarias (art. 5.2, en relación con los arts. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC), en la redacción que le ha dado el art. 11 de la Ley 4/2001, de 6 de julio, de medidas tributarias, financieras, de organización y relativas al personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias; 142.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); y 33 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias (LRJAPC).

3. Dada la naturaleza de órgano de consulta jurídica cualificada del Consejo Consultivo, su actuación se traduce en la emisión de juicios técnicos que adoptan la forma de dictámenes y que no pueden contener valoraciones de oportunidad o conveniencia (pfos. 2º y 4º del Preámbulo; arts. 1.1 y 3.2, LCC; y arts. 1, 3 y 4 del Reglamento de Organización y Funcionamiento, ROFCC, aprobado por Decreto 464/1985, de 14 de noviembre).

En la materia que nos ocupa, el Dictamen debe pronunciarse 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 la indemnización (art. 12.2 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, RPRP, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 23 de marzo), aunque, en conexión con ello, puede

extenderse a la valoración del resto de los presupuestos de la exigencia de responsabilidad patrimonial o la corrección del procedimiento seguido.

Es, por otro lado, el último acto del procedimiento antes de la resolución y, al efecto de su emisión, el órgano competente para recabarlo ha de remitir al Consejo todo lo actuado, con una Propuesta de Resolución o, en su caso, de acuerdo de terminación convencional (art. 12.1, RPRP).

La aportación de dicha documentación es debida en cuanto resulta precisa para dictaminar, de manera que el Consejo puede recabar la que falte, con interrupción del plazo previsto para la emisión del dictamen (arts. 17, LCC y 49, ROFCC). Y, asimismo, puede solicitar informes de personas o corporaciones que posean especiales conocimientos sobre las materias relacionadas con las cuestiones que se sometan a su dictamen [art. 11.c), ROFCC]. Pero no le es dado ordenar o proponer la realización de actuaciones administrativas, ni predeterminar los trámites procedimentales, pues ello desbordaría los límites de la función consultiva y, además, aquellos han de haber concluido al solicitarse el Dictamen.

II

En el análisis de adecuación al Ordenamiento Jurídico de la actuación administrativa de referencia se tendrá presente, aparte de la ordenación del servicio público sanitario, la regulación sobre responsabilidad patrimonial establecida por el Estado, a cuya legislación básica remite el art. 33.1, LRJAPC, sin que, por otra parte, la Comunidad Autónoma haya dictado norma alguna de desarrollo pese a tener competencia normativa en la materia (arts. 106.2, 149.1.18ª y 149.3, inciso final, CE y 32.6, EAC).

Constituyen, por tanto, el marco normativo fundamental de referencia la LRJAPC, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero (en vigor al producirse el hecho señalado como lesivo), y el RPRP, cuerpos normativos reguladores del procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial.

El análisis del referido marco normativo permite afirmar lo siguiente:

1. En cuanto al régimen sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración:

a) En el ámbito sanitario, como en cualquier otro, dos son las causas de la responsabilidad patrimonial a la Administración: el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal de los servicios públicos (art. 139.1, LRJAP-PAC que desdobra la cláusula del art. 106.2, CE).

El parámetro de normalidad de las actuaciones sanitarias viene constituida por la *lex artis* objetiva, fijada con abstracción de las condiciones subjetivas de formación del profesional que presta el servicio y de los medios con que pueda prestarlo.

En la medicina terapéutica, la obligación del servicio sanitario es de medios, no de resultados, y se estructura, según ha observado la jurisprudencia, en los siguientes deberes: 1º) utilizar con el enfermo cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén disponibles por el servicio; 2º) informar al paciente del diagnóstico de su enfermedad o lesión, del pronóstico que de su tratamiento quepa esperar y de las alternativas, con sus correspondientes riesgos, de éste; y 3º) continuar la asistencia al paciente hasta que pueda ser dado de alta, advirtiéndole de los riesgos que suponga no seguir o abandonar la terapia o cuidados prestados.

Ahora bien, es imprescindible separar debidamente los daños imputables a la organización (no utilización de la técnica, instrumental o terapia conocidas por la ciencia médica o adecuación de las instalaciones) de los causados por actos médicos (infracción del deber de cuidado), pues, aunque el servicio responda en ambos casos, el profesional sólo lo hará en el segundo; y, por otra parte, hay que tener en cuenta la diversa función que en los distintos sectores del Ordenamiento juega el factor culpabilístico, pues, mientras en el ámbito penal puede haber responsabilidad sin daño pero no sin culpa, en el de la responsabilidad extracontractual, particularmente en la administrativa, puede haber responsabilidad sin culpa pero no sin daño, lo que permite calificarla como objetiva (Sentencias del Tribunal Supremo, SSTS, de 12 de marzo de 1975; 29 de julio de 1986; 14 de junio de 1991; 15 de julio de 1991; 28 de febrero de 1995; y 16 de febrero de 1996).

b) La responsabilidad por daños causados por el funcionamiento normal del servicio requiere la concurrencia de dos requisitos: la imprescindible relación de causalidad entre el daño y el servicio público (arts. 106.2, CE y 139.1, LRJAP-

PAC) y título jurídico que obligue a la Administración a reparar o, desde la perspectiva del usuario, ausencia de su deber jurídico de soportar tales daños (art. 141.1, LRJAP-PAC).

1º. La relación de causalidad debe ser acreditada en todo caso, pero con mayor razón tratándose del servicio público de asistencia sanitaria, que, dada su finalidad, se relaciona tan íntima y continuamente con los daños que, como en alguna ocasión se ha dicho, convive con ellos. Esta última circunstancia fuerza a analizar la incidencia que el estado previo del paciente haya podido tener en el desencadenamiento del daño.

Pues bien, es claro que la responsabilidad no alcanza a los daños sufridos por los pacientes por razón de su enfermedad o estado; y también que cubre los producidos sin vinculación con su patología (o en la medida en que no puedan vincularse con ella), siempre, naturalmente, que exista un título jurídico que imponga a la Administración el deber de reparar.

El problema, por tanto, se plantea normalmente como un supuesto de concurrencia de al menos dos tipos de circunstancias con virtualidad causal: la dolencia del paciente y la actuación del servicio público sanitario establecido para su curación. Naturalmente, su adecuada apreciación exige distinguir los efectos lesivos que corresponden a la enfermedad de los que son consecuencia del tratamiento médico.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª (STS), de 5 de junio de 1991, al examinar un supuesto de contagio de la hepatitis C, expuso: "En términos generales y como orientación en materia tan compleja, puede imputarse la realización de estos daños, con carácter principal, bien a la enfermedad, bien al tratamiento médico prestado. En el primer caso, conviene distinguir a su vez: a) Los daños que la enfermedad produce necesariamente, a pesar de todos los tratamientos médicos por adecuados y suficientes que ellos sean, ya que vienen impuestos por el carácter caduco y enfermable de la condición humana; b) Daños producidos por la enfermedad, pero que son evitables con un tratamiento médico a tiempo y adecuado y que su producción es debida a la falta de asistencia sanitaria o a que la prestada no fue la adecuada. También con respecto a los daños en los que el tratamiento médico es el factor determinante, es preciso distinguir dos supuestos: a) Aquellos daños que son intrínsecos al tratamiento como tal y que por ello se producen de modo necesario y justificado

por su finalidad terapéutica; y b) Aquellos otros que el tratamiento médico produce, al margen de su finalidad terapéutica y que son daños producidos bien porque no es el tratamiento procedente o adecuado el prestado, o porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo". Concluye el TS que existe responsabilidad cuando el daño producido por la evolución de la enfermedad pudo evitarse con un tratamiento médico adecuado y cuando el daño resulta de un tratamiento médico inadecuado o desnaturalizado.

En estos supuestos se encuadra el error de tratamiento; esto es, el sufrido en la fase de ejecución de la actividad médica terapéutica, incluida la quirúrgica. No obstante, hay que advertir que el error manifestado en dicha fase puede venir predeterminado con frecuencia por errores sufridos en otras anteriores como la anamnesis (recogida de información sobre el paciente), diagnóstico (emisión de un juicio sobre la enfermedad y su gravedad) y pronóstico (determinación del tratamiento a seguir).

Hay que retener, en suma, por lo que ahora interesa que las conductas omisivas generarán responsabilidad cuando la acción omitida sea, no sólo *debida* -por pesar sobre el omitente un deber de protección de la víctima, deber jurídico de evitar el resultado lesivo-, sino también *capaz, por sí misma*, para evitar el resultado.

En fin, la relación de causalidad ha de ser directa, inmediata y exclusiva, según una línea jurisprudencial mayoritaria, matizada, no obstante, en el sentido de que "la nota de exclusividad (...) (sólo) puede y debe exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento normal" (STS de 4 de diciembre de 1992, que reitera doctrina sentada anteriormente por el alto Tribunal) y en el de no excluir concausas en la producción del hecho lesivo, compartiéndose o distribuyéndose la responsabilidad entre Administración y el propio afectado.

2º. El título jurídico genérico de imputación, que permite determinar en cada caso cuál o cuáles son las causas concretas de la producción del resultado y que obliga a indemnizar, es el riesgo que se asume por la Administración, en los diferentes sectores de actuación pública, en orden a cumplir con su deber prestacional y satisfacer el interés general.

Sin embargo, ese riesgo ha de ser jurídicamente relevante por razón de su entidad tanto cuantitativa (no insignificante) como cualitativamente (no asumido

socialmente, ni consentido por el afectado), plasmándose precisamente en el resultado lesivo.

Hay que distinguir, pues, entre: 1º) riesgo ordinario o habitual, bien conocido y explicado, de todo acto médico, como los efectos secundarios de muchos tratamientos; 2º) riesgo terapéutico, que se caracteriza por ser conocido, pero tiene carácter excepcional -anormal por su escasa frecuencia y reducido a un número limitado de víctimas- y no relacionado con el estado anterior del afectado, ni con su evolución previsible, y de una gravedad fuera de lo común, como el conectado con el uso de técnicas quirúrgicas, incluida la anestesia; y 3º) riesgo de desarrollo médico, que es desconocido por no haber sido explicado por la literatura médica debido a sus limitaciones, y, a diferencia de la fuerza mayor, forma parte del funcionamiento del servicio.

Supuesto que éste es normal -lo que incluye el deber de información al paciente y el consentimiento informado de éste, pero también corrección en diagnóstico y pronóstico- sólo son indemnizables los daños que constituyan la realización del riesgo terapéutico. Y es que los riesgos ordinarios o de desarrollo médico son considerados como una carga general de la vida en sociedad, y, en consecuencia, no son indemnizables (art. 141.1, LRJAP-PAC), salvo que la intervención médica se haya realizado en interés exclusivo de la colectividad (supuestos regulados por disposiciones específicas de ensayos clínicos, donación de sangre y plasma, donación y extracción de órganos), en cuyo caso la Administración queda obligada a reparar los daños que puedan producirse por actualización de los riesgos que lleve aparejada, incluyendo los efectos secundarios.

2. En cuanto a la instrucción del procedimiento:

Conforme al art. 78.1, LRJAP-PAC la instrucción debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III del Título VI de la citada Ley. Y, examinado el contenido de tal Capítulo III, puede comprobarse que forman parte de la instrucción los trámites de alegaciones, informes -entre los que reviste especial relevancia, en los supuestos de responsabilidad patrimonial, el del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la supuesta lesión indemnizable-, prueba, audiencia, y, en su caso, información pública.

Por otra parte, de acuerdo con el art. citado, los actos de instrucción están dirigidos a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los que deba pronunciarse la resolución, finalidades que determinan -salvo, naturalmente, la existencia de prescripciones legales preceptivas para el caso o en la medida en que el procedimiento esté normativamente formalizado- el momento, la oportunidad, la forma y el orden de su celebración.

Tratándose de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, parece obvio que el órgano de instrucción deba recabar en primer lugar el informe del servicio involucrado, aunque, pudiendo servir a idéntico fin instructor, es pertinente que recabe otros informes que hagan al caso (art. 10, RPRP). Y, seguidamente y a resultas de dichos informes y de las alegaciones del interesado, deberá abrirse, cuando proceda conforme al art. 80.2, LRJAP-PAC, el correspondiente período de prueba.

Precisamente, en cuanto a la carga de la prueba, ha de observarse:

1º. En sentido material, el problema se plantea, en realidad, en los supuestos de falta de prueba, encontrando su solución en la denominada regla de juicio; es decir, es al sujeto que pretende a quién ha de perjudicar la circunstancia de que no resulte probado un hecho determinado.

Desde esta perspectiva, corresponde al reclamante demostrar, siempre sin perjuicio de los informes que ha de evacuarse al respecto, tanto la existencia del hecho lesivo y del daño producido, como que éste se produce en el ámbito del funcionamiento del servicio y que existe nexo causal entre ambos factores, daño y funcionamiento; y a la Administración, los hechos impositivos de su responsabilidad, como son la fuerza mayor, la intervención inmediata y concluyente de un tercero en la producción del hecho lesivo, la culpa del interesado, y, en general, cualquier otro hecho que pueda servir de fundamento a la no imputación objetiva del daño.

Todo ello sin obstar a que, en función de los respectivos deberes de Administración y usuarios, el hecho lesivo tenga concausas imputables a aquélla y a éstos, de modo que la responsabilidad por los daños se ha distribuir entre la Administración y el propio afectado, limitándose la administrativa y, por ende, el importe de la indemnización debida.

Lo que acaba de exponerse no es sino el trasunto de lo dispuesto actualmente en el art. 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en

materia de carga de la prueba. A tenor de dichos preceptos, incumbe al actor probar los hechos de los que se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, los efectos jurídicos perseguidos mediante su pretensión; y al demandado, los que, conforme a las normas que les sean de aplicación, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de aquéllos.

2º. Desde un punto de vista formal, la denominada carga de la prueba alude a la obligación o deber de desplegar una determinada actividad probatoria.

De acuerdo con lo establecido en el arts. 78.1, LRJAP-PAC y 7, RPRP, la instrucción debe realizarse de oficio por el órgano competente para tramitar el procedimiento; lo que no obsta al derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

En esta línea, el art. 80.2, LRJAP-PAC impone al órgano instructor la obligación de abrir un período de prueba "cuando (...) no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados"; previsión que es aplicable a todo tipo de procedimientos, incluidos aquéllos en los que el reclamante no proponga prueba, no concrete los medios de que pretenda valerse o los manifieste expresamente en el escrito de iniciación (art. 6.1, pfo. 2º, RPRP) o en otro posterior, siendo esta una cuestión bien distinta a que el interesado renuncie o desista de la práctica de algún medio propuesto.

Estos preceptos configuran la fase instructora del procedimiento conforme al principio inquisitivo, que, en cierta medida, obliga a la Administración a proporcionarse a sí misma la prueba de los hechos precisos para la resolución. Y ello sin perjuicio de que, satisfechas cumplidamente por el instructor sus obligaciones, haya de observar el órgano resolutorio la "regla de juicio" que distribuye materialmente, según se indicó, la carga de la prueba entre las dos partes de la controversia.

Lo hasta aquí expuesto presenta una relevancia especial cuando la prueba obra en poder de la Administración, estando ésta en mejores condiciones para probar que el interesado. En este caso entran en juego los principios de disponibilidad de la prueba y de facilidad probatoria, que han encontrado reciente reflejo en el art. 217.6, LEC y han sido admitidos por la jurisprudencia contencioso-administrativa. (Para el principio de disponibilidad de la prueba, SSTs, de 26 de julio de 1966 y de 16 de diciembre de 1996; y para el de facilidad

probatoria, las de 27 de mayo de 1981, 24 de febrero de 1998 y 21 de mayo de 1999).

Conforme a tales principios, la carga de la prueba se desplazará sobre aquella de las partes que, bien por su proximidad a la fuente de prueba, bien por conocer la existencia de la prueba o el modo de llevarla a cabo, se encuentre en una posición de mayor disponibilidad o facilidad probatoria.

En esa misma dirección apunta el deber de conservación y custodia de la historia clínica que pesa sobre el responsable de la gestión del servicio sanitario (apartado 5 (sobre "Servicios de información y documentación sanitaria"), subapartado 6, del Anexo del Real Decreto 63/1995, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del INSALUD; e, implícitamente, arts. 6.1.q) y 12.2, LOSC).

III

1. Están legitimados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial:

a) Activamente, la reclamante C.D.R.V., conforme al art. 31.1.a), LRJAP-PAC, como titular del derecho a la salud y a la integridad física.

b) Pasivamente, el SCS, que tramita el procedimiento administrativo, por ser la Administración que tiene encomendada la prestación del servicio a cuyo funcionamiento se imputa la causación del daño.

En efecto, aunque la actuación a que se imputa el daño se produjo en el Hospital Universitario de Canarias (HUC), de la titularidad del Cabildo Insular de Tenerife, dicho centro hospitalario se encuentra adscrito funcionalmente al SCS, al que corresponde su gestión y administración (arts. 50 y 55.2 y disposición transitoria primera.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, LGS; y arts. 23.2.b), 29.2.b), 31.4, 46.2, 51.1.g) e i), 82, 94.1, 101.b) y 103.b) o disposiciones adicional segunda y transitoria cuarta, LOSC).

2. La solicitud que dio lugar a la iniciación del procedimiento se ha presentado (el 18 de abril de 2000) dentro del plazo de un año establecido en el art. 142.5, LRJAP-PAC, pues la interesada fue intervenida quirúrgicamente por última vez en enero del año 2000 e incluso continúa recibiendo tratamiento radiológico tras iniciarse el procedimiento.

Concurren, por lo demás, en la reclamación formulada los restantes requisitos de admisibilidad del art. 139.2, LRJAP-PAC, pues el daño que se dice inferido es efectivo, es evaluable económicamente, y está individualizado en la reclamante.

IV

Son relevantes para el examen de la cuestión sometida a consulta los antecedentes siguientes:

1. Entre el 16 de febrero de 1996 y el 19 de junio de 1997 la reclamante fue atendida en tres ocasiones por los servicios médicos del HUC, donde fue sometida a exploración ginecológica y estudio radiológico de mama, sin acusar síntomas o signos de patología mamaria (folios 607 y 639).

2. El 11 de diciembre de 1997 acudió la interesada a la consulta de la médico distribuidora del Servicio de Urgencias del HUC, Dra. P.L., por notarse un bulto - doloroso, según manifiesta- en la mama izquierda, que dicha facultativa calificó como nódulo de consistencia firme, de unos 2 cms., y localizó en el cuadrante inferointerno de la mama. Realizada mamografía bilateral por el Servicio de Radiodiagnóstico, no se apreciaron signos de tumor (documentos unidos al escrito de reclamación; folio 638).

3. El 2 de abril de 1998 se anota en la hoja de "comentarios, evolución y tratamiento" de la Sección de Ginecología del HUC la existencia de una mastopatía fibroquística de la reclamante (folio 607), al parecer correspondiente a un patrón de benignidad (folio 437).

4. El 30 de octubre de 1998 (según indica la interesada en escrito de alegaciones, y no en diciembre, como, por error, señaló en el de iniciación del procedimiento) refiere mastalgia izquierda, con pequeños quistes constatados en ecografía mamaria (folio 608), compatible todo ello, a juicio del ginecólogo Dr. A.H., que la atendió, con mastopatía fibroquística (folio 437). No figura en la historia clínica, conservada en el HUC, el informe radiodiagnóstico de dicha ecografía.

5. En abril de 1999 notó la reclamante invaginación del pezón izquierdo, acudiendo al Centro de Radiología Diagnóstica, privado, donde se le practicó una mamografía y se emitió informe sobre la misma en el que se indica que "la imagen es característica de escirro" (folio 627), por lo que se dirigió inmediatamente al Servicio

de Urgencias del HUC, donde se le observó nódulo de consistencia firme en el cuadrante superointerno de la mama izquierda, de 4 a 5 cms., que retrae pezón, siendo remitida para valoración al Servicio de Ginecología (folio 596).

Reconocida en este último Servicio, se le apreció ligera invaginación del pezón de la mama izquierda, con tumor de unos 5 cms. en el cuadrante superoexterno, duro, no adherido e indoloro, sin adenopatías palpables (folio 608), realizándose, por primera vez, una biopsia mediante técnica PAAF (punción-aspiración con aguja fina) y solicitándose estudio preoperatorio y de extensión (informe del Jefe Clínico de Ginecología-Obstetricia, cuya numeración es ilegible).

Los resultados de las pruebas correspondientes (estudio radiológico de tórax, gammagrafía ósea, HPV, estudio inmunohistoquímico, etc.) están documentados en los folios 612 y siguientes y de ellos conviene resaltar los informes diagnósticos anatomopatológicos de carcinoma ductal infiltrante de mama de 1,4 cms. y de 19 adenopatías, una de ellas parcialmente infiltrada (folios 454, 482, 615).

Una representación gráfica mediante dibujo manual del tórax de la paciente interesada, con señalización del tumor, puede observarse en el folio 466.

6. Prevista la realización de mastectomía, se practicó, no obstante, terapia neoadyuvante para intentar la reducción del tumor y una posterior tumorectomía que permitiera evitar la extirpación completa de la mama, todo ello infructuosamente (folios 459, 467).

7. El 4 de octubre de 1999 se realiza la intervención quirúrgica consistente en mastectomía radical ampliada izquierda, más prótesis subpectoral y expansor subpectoral. En el mismo acto quirúrgico se realiza una ligadura tubárica bilateral (LTB) por laparoscopia con electrocoagulación bipolar de ambas trompas (folios 468, 495, 509, 544, 565, 583).

8. Se le da el alta el 15 de noviembre de 1999 (folios 522 y 523). No obstante, el 7 de enero de 2000 hubo de practicársele nueva intervención quirúrgica para retirarle la prótesis de expansor de reconstrucción de la mama izquierda por habersele infectado (cultivo positivo para el estafilococo áureo), siguiendo posteriormente tratamientos quimioterápico y radioterápico (folios 448, 472, 495, 509).

V

1. En relación con la tramitación del procedimiento, cabe señalar que el órgano instructor no se ha ajustado a las exigencias procedimentales a que se ha hecho referencia más arriba:

a) Se ha tramitado el procedimiento de modo triangular, dándose entrada en el mismo a los sucesivos organismos gestores del HUC (Organismo Autónomo de los Hospitales del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife (HECIT) y Consorcio Sanitario de Tenerife), cuando se trata de un procedimiento en el que han de intervenir la interesada, Sra. R.V., y el SCS, como Administración pasivamente legitimada, no siendo tales Organismos propiamente parte interesada, ni Administración actuante.

Así, se ha notificado al Hospital la admisión a trámite de la reclamación y al HECIT la ampliación del plazo de resolución (folio 418 y 419), el acuerdo sobre admisión y práctica de prueba (folios 423 a 425) y el levantamiento de la suspensión del plazo para resolver (folio 426), ofreciéndosele el trámite de audiencia (folios 784 y 785), en el que ha formulado alegaciones el Consorcio Sanitario de Tenerife (folios 796 a 801).

b) No se ha observado en la realización de los actos de instrucción el orden legal y reglamentariamente previsto, ni se ha respetado, en consecuencia, el sentido que tienen asignado.

En efecto, el órgano instructor ha recabado Informe al Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia de su propia organización y no, inmediata o directamente, a los servicios a cuyo funcionamiento se atribuye el origen de la presunta lesión indemnizable, que, aunque no han de coincidir necesariamente con unidades de la estructura organizativa así denominadas, en el presente caso se identifican fácilmente, en principio, con los Servicios de Obstetricia y Ginecología y de Radiodiagnóstico del HUC.

En consecuencia, la instrucción se ha ordenado indebidamente en función de la emisión del informe solicitado, haciendo depender en particular de esa circunstancia el acuerdo de suspensión del procedimiento o el de levantamiento de la misma (folios 415 y 426) y desnaturalizándose la función que el trámite tiene atribuido.

c) Se ha superado con creces el plazo de duración del procedimiento, que es de seis meses con el correspondiente efecto desestimatorio del silencio administrativo (arts. 42.2, 43.2 y 142.7, LRJAP-PAC y 13.3, RPRP). Subsiste, no obstante, la obligación de resolver, como en efecto se ha propuesto al órgano resolutorio (arts. 42.1 y 43.4.b), LRJAP-PAC).

2. En orden a la determinación de la cuestión de fondo, se observa que, frente a la alegación de error de diagnóstico que formula la interesada (aunque designándolo como "retraso en el diagnóstico"), el órgano instructor propone desestimar la pretensión indemnizatoria por entender, en síntesis, que no existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño sufrido por aquélla.

a) El argumento básico en que descansa la Propuesta es el de que "a fecha de diciembre del año 1997, a diferencia de lo manifestado por la reclamante, no existía el diagnóstico de tumoración mamaria", así como que se ha de fijar "la fecha de *existencia y detección* del cáncer (en) abril de 1999", fundando en ello la afirmación de que se ha aplicado el protocolo médico desde que la paciente acudió a consulta, procediéndose desde entonces por los facultativos a practicar todas las pruebas precisas.

Pero frente a este argumento ha de advertirse que el bulto de unos 4 ó 5 cms. diagnosticado en abril de 1999 como cáncer no es el único bulto que la Sra. R.V. tuvo en la mama izquierda desde diciembre de 1997.

A ello no obsta el hecho de que los facultativos sucesivamente intervinientes le asignaran distintos tamaños, en descripciones aproximativas realizadas entre dicha fecha y octubre de 1999, cuando finalmente se define mediante diagnóstico anatomopatológico como "carcinoma ductal infiltrante de mama (diámetro mayor de 1,5 cms)". Así, los cambios de tamaño pueden obedecer a su evolución, a la respuesta al tratamiento antiinflamatorio a que se sometió la paciente, y a la circunstancia de que el tumor o escirro se recubre de tejido peritumoral.

Tampoco es un obstáculo insalvable la variada localización del bulto, durante el mismo espacio de tiempo y asimismo aproximativa, en diferentes cuadrantes de la mama (cuadrante inferointerno en enero de 1998, superointerno en abril de 1999, superoexterno después). Pues bien, en el dibujo a mano obrante en la historia clínica se localiza en la parte central de la mama, muy cerca del pezón, y, por tanto, del centro radial de los cuatro cuadrantes en que aquélla se divide

idealmente, de manera que las diferentes localizaciones pueden obedecer a su tamaño (se trata de un bulto, no de un punto) y a su desarrollo o crecimiento en determinada dirección (contraargumento este manejado en la Sentencia de 3 de mayo de 1999, del Juzgado de lo Penal nº 8 de Barcelona, que se pronuncia sobre la valoración de la omisión de deberes médicos y la imprudencia grave en un supuesto similar al presente).

Es más, constatada por la médico distribuidora, mediante palpación, la existencia de un bulto en enero de 1998, en ningún momento se ha aducido siquiera la posibilidad de que haya existido otro posterior, diferente y maligno. Tan sólo se señala, en el diagnóstico anatomopatológico de 13 de octubre de 1999, la presencia de 19 adenopatías, que, como degeneraciones ganglionares, son cosa diferente.

A lo que cabe añadir que los tumores en general, y los de mama en particular, se forman y desarrollan en un período de tiempo variable según sus clases y las características biológicas de quien los padece (edad, antecedentes genéticos, etc.), sin que válidamente se pueda sostener que, en el presente caso, ha coincidido exactamente la fecha de su aparición con la de su detección por el servicio público sanitario.

b) No obstante, a los fines que importan no basta con dilucidar si hubo o no error o retraso en el diagnóstico del cáncer de mama porque, sin perjuicio de la eventual producción por ello de daño moral en la afectada y suponiendo que lo hubiera habido, habría que comprobar aún si este hecho agravó la enfermedad que ya sufría la víctima o impidió su curación por procedimientos menos traumáticos que el de la mastectomía radical ampliada.

VI

1. En definitiva, la adecuada resolución del procedimiento requeriría, como presupuesto previo:

a) Determinar, mediante Informe de especialista y teniendo en cuenta las peculiaridades y estado, al ser comprobada su existencia el 26 de abril de 1999, del carcinoma ductal infiltrante sufrido por la reclamante y las características biológicas de ésta, si pudo haberse detectado aquél conforme a las reglas de la *lex artis ad hoc* entre las fechas 12 de diciembre de 1997 y 30 de octubre de

1998 o 5 de abril de 1999 y, en relación con ello, el tiempo de desarrollo del tumor en esta última fecha.

b) Completar el expediente, incluyendo los informes, radiografías o ecografías practicadas a la paciente durante sus diversas consultas en el SCS, con indicación de fechas de cada una de ellas.

c) Señalar el diagnóstico y pronóstico de la dolencia o dolencias de la interesada en las diversas asistencias que se fueron prestados por el SCS en los años 1997, 1998 y 1999.

d) Informar sobre la posibilidad de tratamiento o extirpación del tumor sin recurrir a la mastectomía radical ampliada, de haberse detectado aquel con anterioridad al momento en que lo fue.

2. Nada de esto se ha planteado el órgano instructor, que, sobre la base sin acreditación alguna de que el cáncer no existía hasta el momento de su detección, simplifica de tal manera el objeto de la reclamación que la desestima sin motivación suficiente y, paralelamente, no facilita la información mínima necesaria para que este Consejo pueda entrar a conocer la cuestión de fondo.

Por tanto, procede retrotraer las actuaciones a la fase de instrucción para que se complete el expediente conforme a las consideraciones antes expuestas, dándose seguidamente audiencia a la reclamante y elaborándose, después, la correspondiente Propuesta de Resolución, a remitir a Consejo para la emisión del Dictamen sobre ella.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones expresadas en la fundamentación del Dictamen, procede retrotraer las actuaciones a la fase de instrucción, a fin de que se complete el expediente con los presupuestos fácticos indispensables, que permitan a este Consejo la emisión de un pronunciamiento de fondo.