



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 9 / 2 0 0 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 23 de abril del 2003.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por G.R.G., por daños como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 177/2002 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los artículos 12.3 y 11.1.D).e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación este último precepto con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

En el presente expediente se cumple el requisito de legitimación activa de la reclamante al pretender el resarcimiento de un daño de carácter personal cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por un Centro dependiente

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

del Servicio Canario de Salud y la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación.

El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el artículo 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los artículos 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de Salud.

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

En la tramitación del expediente se han cumplido los trámites procedimentales preceptivos, con excepción del plazo para resolver, a pesar de haberse acordado su ampliación por periodo de otros seis meses. Sin embargo, ello no impide que la Administración resuelva expresamente, a tenor de los artículos 42.1 y 43.4.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

III

1. El procedimiento se inicia el 11 de abril de 2001, fecha en que tuvo entrada en la Secretaría General del Servicio Canario de Salud el escrito presentado por G.R.G. en el que reclama el resarcimiento de los daños producidos por la deficiente asistencia sanitaria que considera le fue prestada en el Centro de Atención Especializada de La Laguna el 22 de mayo de 2000 con ocasión de la práctica de una mamografía. De conformidad con lo relatado en este escrito, debido al incorrecto manejo del aparato por parte de la enfermera, se le causó un trillamiento en el pecho izquierdo que le originó un hematoma que no remitió con el tratamiento posteriormente pautado, convirtiéndose en un nódulo que hubo de ser intervenido quirúrgicamente en la Clínica de San Juan de Dios.

La reclamante expone que estos hechos le han afectado negativamente en su modo de vida ya que desde entonces sufre depresiones, solicitando por ello una indemnización que en trámite de mejora de su solicitud cuantifica en la cantidad de 5.000.000 ptas.

Habiendo observado este Consejo la ausencia en el expediente de un informe de oncólogo, que menciona el cirujano interviniente, la Sección II de este Organismo acordó el pasado 13 de febrero solicitarlo del Servicio Canario de Salud. El 10 de abril siguiente tuvo entrada la respuesta a tal solicitud, adjuntando un informe del Doctor D.J.D.D., Jefe del Servicio de Oncología Médica del Complejo Hospitalario Nuestra Señora de Candelaria, en el que se afirma que:

- no existe relación causal entre traumatismo previo y cáncer de mama.
- aunque la especificidad y sensibilidad de las pruebas de mamografía aseguran una detección segura cercana al 90%, no cabe excluir que en algún caso se presente un *cáncer oculto de mama*, lo que impide un diagnóstico inmediato de una eventual afección.

2. Los hechos en los que la reclamante basa su pretensión son los siguientes:

El 22 de mayo de 2000 se le practicó la citada mamografía como control rutinario. Durante la realización de la misma, la paciente manifestó dolor, lo que resulta corroborado por la declaración del técnico especialista en radiodiagnóstico, quien trató de tranquilizarla, diciéndole que resultaba imprescindible una buena compresión para evitar repeticiones y obtener una buena radiografía, por lo que debía aguantar un poco el dolor. Al día siguiente, se emitió el informe correspondiente a la prueba practicada, en el que se hizo constar: "Simétricas. Sin densidades sospechosas." Este informe no consta en el expediente, si bien es reflejado en el informe del especialista en ginecología que atendió posteriormente a la paciente.

El 14 de junio siguiente, la interesada acude a su médico de atención primaria, quien aprecia que presenta un bultoma en mama izquierda a raíz de la práctica de la mamografía, sugerente de hematoma, de quince días de evolución, por lo que la remite con carácter urgente al servicio de tocoginecología. Dos días después es examinada por el correspondiente especialista, quien aprecia a la exploración un nódulo de unos 2'5 cm en ICS de

mama izquierda, extrayéndose líquido hemático a la punción. Ante la sospecha de hematoma solicitó ecografía de mama (folio 78 del expediente).

El 11 de julio se realizó ecografía de mama izquierda, siendo informada como: "imagen hipoecoica bilobulada en CSI de mama izquierda, sugestiva de hematoma 3x1.8x2.2 cm, que corresponde a unos 5.7 cc. No está situada en músculo pectoral sino entre tejido celular subcutáneo y músculo" y se cita a la paciente para control a los 15-20 días (folio 79).

El 21 de agosto de 2000 se realiza nueva ecografía por el servicio de radiodiagnóstico, que informa: "revisada mamografía no existen densidades sospechosas ni lesiones de base. No se realizó la primera ecografía en el estadio agudo, previa a la punción, no obstante el estudio ecográfico postpunción, dado el antecedente traumático y la localización sugiere hematoma en evolución. En la actualidad nódulo bilobulado de 28x24x26 mm en CSI mama izquierda, sin cambios desde el estudio previo que puede corresponder a hematoma fibrosado. No existe refuerzo posterior que sugiera contenido líquido. La paciente está muy preocupada y quiere realizarse exéresis quirúrgica" (folio 84).

El 15 de octubre de 2000 se realiza la intervención en el Hospital San Juan de Dios (folio 80). Realizado análisis anatomopatológico del nódulo extraído, se diagnostica carcinoma de mama ductal infiltrante de alto grado de Bloom-Richardson (folio 83).

IV

1. La Propuesta de Resolución con la que culmina el expediente remitido a este Consejo desestima la reclamación presentada por considerar, de un lado, que, por lo que se refiere al carcinoma, los estudios científicos coinciden en afirmar que no existe relación de causa a efecto entre la práctica de la mamografía y la aparición del tumor y, de otro, que el hematoma no constituye un daño antijurídico porque es un riesgo descrito que puede producirse después de una mamografía.

La primera afirmación tiene su fundamento en el informe emitido por el Jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Ntra. Sra. de Candelaria, concluyente al afirmar que no hay ningún trabajo ni estudio publicado que demuestre, según medicina basada en la evidencia, la relación entre traumatismo mamario y oncogénesis mamaria. Además, en relación con el posible peligro de desarrollo del cáncer por la práctica de una mamografía, se manifiesta que todos los

informes de los expertos coinciden en que con la intensidad radiológica que precisa actualmente la aplicación en las mamografías tal peligro es inexistente. A esta misma conclusión se llega a partir de la lectura del informe del Dr. D.D., expresamente solicitado por este Consejo Consultivo.

A la vista de estas conclusiones, procede estimar, como se afirma en la Propuesta de Resolución, que no existe la necesaria relación de causalidad entre la actuación practicada y el cáncer padecido, sin que éste tampoco pueda considerarse consecuencia del hematoma sufrido. Además, a la vista del informe el Dr. D.D. debe considerarse probado que en la práctica de las mamografías existe un riesgo de fracaso diagnóstico del 10%; y que en el caso que nos ocupa, el nivel de las técnicas científicas disponibles para la detección de tumores por mamografía pudo no haber sido capaz de detectarlo, de existir antes de practicarse la misma. Pero de ello no deriva responsabilidad para la Administración, que aplicó el instrumento de localización adecuado que la ciencia le ofrece.

En cambio, por lo que respecta a la aparición del hematoma, no procede llegar a la misma conclusión. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución entiende que la aparición de un hematoma es un riesgo propio de la mamografía, derivado de la compresión de la mama, como así es descrito en su declaración por el técnico especialista en radiodiagnóstico que practicó la prueba a la reclamante, sin que derive por tanto de una mala praxis. Se concluye por consiguiente que al tratarse de una lesión inherente al tratamiento, estaríamos ante un daño que el enfermo estaría obligado a soportar y que adolecería de la nota de antijuridicidad predicable de toda lesión indemnizable.

Este razonamiento, apoyado por lo demás en la jurisprudencia del TS, de la que es muestra la sentencia citada en la propia Propuesta de Resolución, no es por sí mismo objetable. Efectivamente, de un lado, en el expediente no ha resultado acreditada la existencia de una mala praxis en la práctica de la prueba y, de otro, el daño causado puede considerarse como intrínseco al tratamiento. Ahora bien, la aplicación de este criterio requiere igualmente que el paciente haya sido debidamente informado con anterioridad a la práctica de la prueba de cuáles son esos riesgos posibles a los efectos de que preste su consentimiento una vez conocidos los mismos. La ausencia de esta información ha sido además puesta de manifiesto en este expediente por la reclamante durante el trámite de audiencia, con expresa cita

del artículo 10 de la Ley General de Sanidad y sobre la que la Propuesta de Resolución no se pronuncia. Precisamente esta falta de información sí convierte el daño en antijurídico, dado que el paciente sólo está obligado a soportar aquellos riesgos que le han sido puestos en su conocimiento y ha decidido asumir una vez valoradas las ventajas que le puede reportar la práctica de la prueba médica. La ausencia de información convierte en inadecuada la prestación sanitaria llevada a cabo, de donde deriva la responsabilidad de la Administración por este concreto motivo (SSTS de 24 de septiembre de 1999, Ar. 2081; 4 de abril, 3 y 10 de octubre de 2000, Ar. 3258, 7799 y 7804; 7 de junio de 2001, Ar. 4198).

2. Por lo que respecta a la valoración del daño, la reclamante, como ya se ha indicado, lo ha cuantificado en la cantidad de 5.000.000 ptas. Se basa para ello, conforme indica en su escrito de mejora de la solicitud, en los daños morales que le ha causado la intervención quirúrgica, de la que ha derivado el padecimiento de depresiones, y además en la presencia de una cicatriz de mal aspecto consecuencia de aquélla. Sin embargo, no se explica el cálculo que llevó a la fijación de esta cantidad, ni se indican los criterios utilizados, ni se fundamenta la cuantificación en base a reglas o pautas generalmente aceptadas o aplicadas.

Una vez establecido que la patología cancerígena no deriva de la práctica de la mamografía ni del hematoma causado por ésta, la intervención quirúrgica practicada tampoco puede considerarse consecuencia de la misma y por consiguiente los daños alegados no tienen el carácter de indemnizables al no ser consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario. Con ello, la indemnización ha de restringirse únicamente a la lesión física que supone el hematoma, del que no consta en el expediente que se hayan derivado secuelas.

En cuanto a la cuantificación de la indemnización, la Jurisprudencia viene admitiendo que por analogía, y con las modificaciones que cada caso requiera, sirva de guía indicadora de las cuantías el cuadro anualmente establecido de desarrollo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, 30/1995, de 8 de noviembre (STS de 28 junio 1999), que "será tomado con valor orientativo" (STS de 21 abril 1998), y ponderado en atención a la singularidad del caso.

CONCLUSIONES

1.- La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho en cuanto aprecia que no concurre el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el proceso cancerígeno padecido por la reclamante.

2.- Se aprecia la existencia de responsabilidad patrimonial por el daño derivado del traumatismo en los términos expresados en el Fundamento IV de este Dictamen, por lo que la Propuesta de Resolución no se ajusta a Derecho en este extremo.

3.- De la responsabilidad patrimonial en que ha incurrido el Servicio Canario de Salud deriva su obligación de indemnizar a la reclamante en la cuantía que resulte de aplicar el sistema indicado en este Dictamen.