



*Consejo Consultivo de Canarias*

## **D I C T A M E N   1 6 2 / 2 0 0 7**

### **(Sección 1ª)**

**La Laguna, a 12 de abril de 2007.**

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por E.R.B., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 413/2006 IDS)\*.*

## **F U N D A M E N T O S**

### **I**

**1.** Se dictamina la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, producida por la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma, por la que se propone desestimar la reclamación de indemnización por daños que se alega se han producido por el funcionamiento del servicio público sanitario, que ante ella se presenta por la interesada en el ejercicio del derecho indemnizatorio contemplado en el Ordenamiento Jurídico, en el art. 106.2 de la Constitución (CE), exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del servicio, por la que se estima deficiente la actuación de los servicios sanitarios.

**2.** La solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Estando legitimada para solicitarla la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

**3.** La interesada declara que el 5 de junio de 2002, acudió al Centro Médico “Arona-El Mojón”, a su revisión ginecológica anual, después de haberlo hecho durante varios años precedentes. En dicha revisión se le realiza por la ginecóloga que

---

\* **PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.**

le atendió una exploración mamaria y determina que no hay nódulos dominantes en las mamas. En la exploración la Doctora no solicitó la realización de un ecografía mamaria, ni siquiera una mamografía, pese a que la interesada insistió en ello, seguramente porque desde el año 1997 se le practicaba una mamografía y otras pruebas en cada revisión anual, debido a su específico estado y por prescripción facultativa y, naturalmente, como medida específica de control de tal estado y, es claro, de prevención de empeoramiento o perjuicio.

**4.** El 1 de agosto de 2003, tras acudir la afectada a la residencia Ntra. Sra. de Candelaria ante la existencia de un bulto en su mama izquierda e intensos dolores, se llevó a cabo una extracción de un nódulo de 3.5 centímetros de diámetro para una biopsia, siendo el resultado de la misma positivo, detectándosele un carcinoma de mama, tras lo que se le practicó una mastectomía radical con linfadenectomía axilar. Posteriormente, recibió tratamiento quimioterápico y psicológico. Desde el 7 de julio de 2003 hasta el día de la presentación de la reclamación el 29 de julio de 2004 llevaba 390 días de baja impositiva.

Como secuelas le han quedado: Pérdida total de la mama izquierda; notable disminución de la movilidad del brazo izquierdo; cicatrices; daños psicológicos; riesgo para su vida; y pérdida de su trabajo.

Por todo ello la afectada reclama, en concepto de indemnización, 300.506,05 euros.

**5.** Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP), siendo una materia no desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

## II

### **1 a 7.<sup>1</sup>**

**8.** Por otra parte, en cuanto a la concurrencia de los requisitos constitucional y legalmente exigidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previstos en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y siguientes LRJAP-PAC, se observa lo siguiente:

---

<sup>1</sup> Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

- La afectada es titular de un interés legítimo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1, puesto que alega haber sufrido un daño personal derivado del funcionamiento inadecuado del servicio público sanitario. Por lo tanto, tiene legitimación activa, pudiendo iniciar el procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 142.1 LRJAP-PAC.

La competencia para tramitar y resolver la reclamación corresponde el Servicio Canario de Salud, por ser el titular de la gestión del servicio prestado.

- En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, ya que se ha reclamado dentro del plazo legalmente previsto (art. 142.5 LRJAP-PAC).

- El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la persona de la interesada, de acuerdo con lo prescrito en el art. 139.2 LRJAP-PAC.

### III

**1.** La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es de carácter desestimatorio, pues se considera inexistente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el daño sufrido por la interesada, ya que se actuó conforme a la *lex artis* y no es imputable a la actuación de la Administración el daño sufrido por la afectada, pues se produce a consecuencia de la propia enfermedad padecida por ésta, como efecto inevitable de ello, pese a ser tratada adecuadamente.

**2.** La Administración considera que su actuación ha sido realizada conforme a la *lex artis* por las razones siguientes:

- A la paciente no era necesario realizarle una mamografía o control anual, puesto que, por sus características y su padecimiento, no se trataba de un caso indicado para ello, ni era paciente de riesgo.

- El pequeño número de “cánceres intervalo”, no justifica aumentar indiscriminadamente las exploraciones mamarias.

- Cuatro tumores de mama de cada cinco son detectados por una autoexploración del paciente y en este caso, se llevó a cabo una exploración manual de la Doctora que atendió a la afectada.

- Incluso siendo ya la tumoración palpable, la mamografía fue negativa, lo que indica que, si se le hubiera realizado cuando la Doctora le atendió también hubiera sido negativa. La palpación de un nódulo sugerente de malignidad y no el resultado

negativo de una mamografía fue el argumento para la realización de una ecografía mamaria que fue la que “finalmente” confirmó, junto con la punción en la mama, la presencia de un tumor.

**3.** Pues bien, en relación con todas estas razones, especialmente la primera, ha de observarse que, como se dijo, desde el año 1997 se le venían practicando a la paciente anualmente diversas pruebas mamográficas y de otro tipo, siendo éstas prescritas por los ginecólogos del Servicio Canario de la Salud, que la atendían. Por lo tanto, de acuerdo con lo que consta en los sucesivos Informes al respecto, esta decisión no se adopta voluntarista, graciosa o indiscriminadamente, sino en función del estado de la paciente y con el objeto y finalidad ya expuestos anteriormente, sin que nada tenga que ver a este propósito y actuación, la eventual aparición de un cáncer de intervalo en una paciente de tratamiento normal y, desde luego, para controlar esta posibilidad también en esta concreta enferma.

Sin embargo, ni el Jefe del Servicio de Ginecología, ni la ginecóloga que atendió a la interesada parecen conocer las razones por las que se pautó, tras detectar el problema inicial en la mama que tenía afectada, el control ya conocido. Sin embargo, estas razones sin duda se deducen de la información disponible en el expediente (que, por cierto, está incompleta) y se conecta explícitamente con el antedicho problema detectado en la mama enferma.

**4.** Por lo demás, especialmente en este supuesto, como es obvio, la mera incidencia o posibilidad de los denominados “cánceres intervalo” no descarta la responsabilidad de la Administración sin más, pues es claro que, de no efectuar las pruebas o técnicas de control que procedan en cada caso, sobre todo en casos de tratamiento pautado y con una concreta causa, su no realización supone un riesgo que asume la Administración, plasmándose en la aparición del cáncer.

**5.** Tampoco es acogible para desestimar la reclamación el motivo aducido por la Administración de que, estadísticamente, cuatro de cada cinco tumores de mama son detectados por autoexploración del paciente. Y ello, no sólo porque esta afirmación no excluye que, además de por exploración manual, se pueda detectar por prueba técnica o control, cuyo fin es justamente dicha detección, principalmente, sino porque, el quinto debe o puede serlo, por tales pruebas.

Y, sin duda, lo cierto es que estando pautada para esta enferma su realización precisa por sus características y para prevención de cualquier problema sanitario importante, estas pruebas no se efectuaron, de modo que, en cualquier caso, el

problema no se pudo detectar, lo que implica que dejaron de utilizarse los medios que venían aplicándose.

**6.** En esta línea y en relación con la imposibilidad de detectar el tumor, que padeció en efecto la paciente, por medios radiológicos, incluso cuando era palpable, ha de observarse que, salvo Informe de especialista contrastado que así lo reafirme, cosa que aquí que no ha sido realizado, pese a requerirlo este Organismo, se resiste a la lógica admitir que no sólo fuese posible detectar en el pecho de la paciente algún tipo de anomalía antes de que el cáncer se detectase por palpación, sino, sobre todo y aún no siendo plenamente confirmativo de su existencia, detectarse por ello tan avanzado, siendo confirmado luego como cáncer por biopsia.

**7.** Por lo tanto, no resulta aceptable argüir que de nada sirve pautar determinado control, no sólo de palpación, sino también, con otras pruebas técnicas, pues entonces no se entiende el motivo por el que éstas se efectúan, especialmente en el caso de esta paciente, siendo un método de reconocida funcionalidad y, en ocasiones necesaria, la práctica cada cierto tiempo, como a su vez, tampoco es lógico no tener en cuenta que dichas pruebas no consisten únicamente en una mamografía, pues existen otras que, además, se le practicaban a la paciente justamente por su especiales características fisiológicas.

**8.** Por último, como señala el representante de la afectada, y este Organismo trató de que se aclarase por un especialista, sin éxito visto el Informe adicional emitido (al menos, en el sentido requerido), es evidente que la enfermedad o anomalía en principio detectada en la paciente fue la causa de que se le practicara un control más cercano de su situación, que, es claro, tenía por efecto controlar su posible evolución y, complicación, que podría degenerar en un cáncer de mama, declarándose tener en cuenta que el finalmente aparecido estaba, significativamente, en la misma mama y próximo al lugar donde estaba esa anomalía.

En este sentido, el especialista informante no sólo no se pronuncia sobre el tratamiento seguido y su cambio o eliminación, sino que dice que esa anomalía no necesariamente puede evolucionar desfavorablemente y aún acabar en cáncer; ello, en este contexto y dados los antecedentes y la concreta cuestión planteada, implica admitir que, en ocasiones, así puede ocurrir, aunque no sea siempre o inevitablemente, siendo esto coherente, desde luego, con el control pautado y la forma de realizarse, con tiempo y diversas pruebas.

**9.** Ha quedado debidamente acreditada la existencia de una relación de causalidad entre el funcionamiento incorrecto del servicio y el daño sufrido por la afectada.

## **C O N C L U S I Ó N**

La Propuesta de Resolución, de carácter desestimatorio, es contraria a Derecho, debiéndose estimar la reclamación de la afectada.

A la interesada le corresponde la indemnización que al efecto se contempla en las tablas correspondientes, aplicables analógicamente, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, atendándose específicamente a los daños morales derivados del riesgo de metástasis por la demora en diagnosticar e intervenir su cáncer.

La cuantía de la indemnización deberá ser actualizada por el tiempo que transcurra entre la presentación de la reclamación y el momento en que se dicte la Resolución de este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.