



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 9 de enero de 2009.

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 A.C.D.C., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario: Error de diagnóstico (EXP. 527/2008 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad el 21 de noviembre de 2008 (Registro de Entrada de fecha 5 de diciembre de 2008) se corresponde con el que dio lugar al Dictamen 492/2007 emitido por este Consejo Consultivo. Se trata de la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Comunidad Autónoma. Como se señalaba entonces, de la naturaleza de esta Propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 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 (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Asimismo, se determinó el cumplimiento del requisito de legitimación activa de la reclamante, al pretender el resarcimiento de un daño cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada con ocasión del tratamiento de un carcinoma. Igualmente, el de la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

También se verificó el cumplimiento del requisito del plazo para reclamar establecido en los arts. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y art. 4.2 RPAPRP, respecto del cual se planteó una cuestión incidental a la que se hizo alusión en nuestro citado Dictamen.

II

1. El procedimiento se inició el 7 de junio de 2005, fecha en la que tuvo entrada en la Secretaría General del Servicio Canario de Salud el escrito presentado por A.C.D.C., en el que reclamaba el resarcimiento de los daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria que le fue prestada con ocasión del padecimiento de un cáncer de mama.

Los hechos objeto de la reclamación se expusieron en el Dictamen 492/2007, al que nos remitimos, donde se concluía por la interesada que, de haberse efectuado ecografía y punción en su momento, antes de que el tumor hubiese crecido y se hubiese extendido a los ganglios axilares, no se hubiese tenido que someter a la mastectomía sufrida y consecuente quimioterapia, con las consecuencias físicas y psíquicas que de ello se derivaron. De hecho, se aclaraba que en la Clínica U.N. la mama derecha fue también objeto de ecografías y biopsias, extrayéndosele los bultos, de forma que actualmente conserva la mama derecha, concluyendo que si se hubiese procedido con tal inmediatez con respecto a la mama izquierda, por el Servicio Canario de la Salud, se hubiera conservado igualmente.

Por todo ello, se alega por la interesada sufrir daños consistentes en extirpación de la mama izquierda, así como el consecuente perjuicio estético y daños morales. Se solicitaba en aquel momento indemnización de 11.804,55 euros, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación, cantidad que, ahora es incrementada.

2. Por otra parte, respecto de los antecedentes obrantes en la historia clínica y los derivados de los informes médicos emitidos, en el expediente objeto del Dictamen 492/2007, del que trae causa éste, del informe emitido por el Servicio de Inspección, todo lo cual se refirió en el referido Dictamen, dio lugar a que la Propuesta de Resolución sometida a nuestra consideración desestimara la reclamación presentada, *“al considerar que no se había aportado ninguna prueba durante el procedimiento de que la asistencia sanitaria prestada a la aquí*

reclamante se hubiera realizado de modo defectuoso, de manera que fuera la causa de agravamiento de su patología, ni que el resultado de la misma derive de que haya habido una mala praxis, ni que esta asistencia sanitaria no fuera la adecuada al caso, por lo que no puede establecerse que se haya producido una infracción de la lex artis”.

En este sentido se argumentaba: *“La intervención en la Clínica U.N. fue decidida voluntariamente por la propia interesada, sin que pueda justificarse esta opción ni en un error de diagnóstico (pues los facultativos del Hospital Universitario Dr. Negrín diagnosticaron carcinoma intraductal multifocal en mama izquierda), ni en una eventual denegación injustificada de asistencia (ya que en todo momento le fueron realizadas a la interesada las pruebas precisas de acuerdo con la lex artis ad hoc). No apreciándose error en los controles periódicos, ni falta de tratamiento adecuado ante la patología que presentaba (el informe del Jefe de Servicio en funciones de Cirugía General, el Dr. S.B., de fecha 4 de agosto de 2006, confirma que la asistencia prestada a esta enferma por el Servicio de Cirugía General fue impecable, dentro de la dinámica asistencial que en el Hospital Universitario Dr. Negrín rige la patología mamaria).*

Buena prueba de lo expuesto -continúa argumentando la Propuesta de Resolución- es que el informe emitido por los facultativos de la Clínica U.N. de 15 de junio de 2004, se declara que en su ciudad le habían venido controlando la sensación de bulto en prolongación axilar de mama izquierda y hacía quince días se le había practicado punción con diagnóstico sugestivo de carcinoma intraductal, lo que corrobora que la asistencia y el diagnóstico de la dolencia padecida por la paciente en el centro sanitario público de origen era el correcto, recomendando el Servicio Canario de Salud llevar a cabo mastectomía, tras valoraciones efectuadas los días 19 y 26 de mayo de 2004”.

III

1. ¹
2. (...) ²

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

² Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

Dada la nueva documentación, por escrito de 26 de marzo de 2008 se da audiencia a la interesada, recibiendo notificación de ello el 22 de abril de 2008, tras un primer intento infructuoso de notificación el 9 de abril de 2008.

El 16 de mayo de 2008, presenta escrito la parte reclamante en el que solicita ampliación del plazo de alegaciones tras recibir copia completa del expediente. Se le remite la nueva documentación el 28 de agosto de 2008, que recibe el 25 de septiembre de 2008. Además, el 7 de octubre de 2008, comparece el representante acreditado de la interesada y retira copia completa del expediente.

Así, el 7 de octubre de 2008 y el 10 de octubre de 2008 se solicita nuevamente ampliación de plazo para alegaciones, y, tras el acuerdo de 27 de octubre de 2008 por el que se concede tal ampliación, se presenta por la interesada escrito de alegaciones el 5 de noviembre de 2008 en el que hace las siguientes:

“Primera: cuestiones objeto de debate:

Dos son con base a la reclamación interpuesta el pasado 7 de junio de 2005 las cuestiones objeto de debate: 1º) Si de haberse efectuado las pruebas diagnósticas procedentes y en el momento oportuno, máxime habida cuenta de la existencia de antecedentes familiares al respecto, se hubiera evitado la hiperplasia del carcinoma y su extensión al ganglio linfático axilar, evitándose prima facie la mastectomía radical de la mama izquierda y el posterior sometimiento al tratamiento de quimioterapia, concluyéndose las sesiones el 2 de septiembre de 2004, sin perjuicio de las revisiones periódicas que persisten hasta el momento actual con periodicidad anual, debiendo pues ser indemnizada por la pérdida de dicho órgano, el consiguiente perjuicio estético y el daño moral ínsito a dicha pérdida y perjuicio; y 2º) si el error diagnóstico en el tipo de carcinoma padecido por la paciente (carcinoma intraductal sólido sin afección axilar en la mama izquierda- vid. folio 8- frente al efectivamente padecido, esto es, carcinoma lobubillar infiltrante - vid. folio 24-) determinaba la extrema perentoriedad de la intervención por la existencia de un inminente riesgo para la vida de la paciente, por lo que estuvo justificado que la reclamante, ante su inclusión en lista de espera por el Servicio de Cirugía General del Hospital “Doctor Negrín”, se interviniese a su costa en un Centro privado, cual fue la Clínica Universitaria de la Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, en cuyo caso, debería ser indemnizada con el importe de dicha intervención, así como los gastos de alojamiento y manutención consiguientes, e igualmente con el reembolso los gastos de toda índole generados por el tratamiento de quimioterapia posterior, cuestión ésta a la que necesariamente debe

ampliarse la presente reclamación con base a las facturas adjuntas y que necesariamente deberá ser resulta en la Propuesta de Resolución, con base a la documental que se adjunta. Uno y otros hechos no son desconocidos en nuestra Jurisprudencia como título de imputación de responsabilidad patrimonial de la Administración (vid. STS. 29 de abril de 2.008).

Segunda: nuevas evidencias probatorias:

En relación a las anteriores cuestiones, los nuevos informes recabados, en razón del referido Dictamen del Consejo Consultivo, prueban implícitamente lo fundado de las alegaciones de la reclamante.

Así, el informe del Dr. A., Jefe del Servicio de Oncología, estima que la inclusión en la lista de espera, sin fecha de intervención siquiera, constituyen «un problema que escapa a la actuación de los profesionales de la salud», y que diferencias diagnósticas entre los tipos de carcinoma diagnosticado por los facultativos del Servicio Canario de la Salud el efectivamente padecido y del que fue finalmente intervenida (con la sustancial diferencia de que este último suponía una infiltración en los ganglios con un evidente riesgo de metástasis, y en su consecuencia, un riesgo vital inminente que exigía su inmediata intervención quirúrgica, sin posibilidad de demora o remisión a la lista de espera), suponen «un margen de error relacionado con el tamaño de la muestra y sólo las biopsias quirúrgicas dan una seguridad al 100%. Por ello, los resultados de este caso no pueden asumirse como error y están dentro de lo que habitualmente se obtiene»: así pues, hubo error, fundado en la inadecuación e insuficiencia de las pruebas diagnósticas practicadas. El hecho de afirmar que «al tratarse de un carcinoma multifocal, la mastectomía y el vaciamiento axilar no podrían ser evitados (...)» omite si el retraso propio de la lista de espera hubiere podido además propiciar una metástasis por la extensión del tumor a los ganglios y el eventual fallecimiento de la paciente. No obstante, no se responde en definitiva a la cuestión planteada en el Dictamen del Consejo Consultivo y previamente interesada por el Servicio de Inspección el 24 de julio de 2.006- vid. Folio 62-, esto es, “si el seguimiento de la reclamante en orden a un tratamiento precoz del cáncer de mama, dadas sus condiciones y sus antecedentes familiares, fue el adecuado, o había de haberse realizado alguna otra prueba y en qué momento”.

Finalmente, en cuanto al más parco informe del Dr. S., Jefe de Servicio de Radiodiagnóstico, obsérvese que no sólo no se pronuncia sobre la adecuación del

tratamiento y pruebas diagnósticas previas (y específicamente la punción de los bultos con mucha anterioridad presentaba la paciente), sino que se trata de atribuir a la reclamante el resultado final producido por su inasistencia a la prueba convocada el 24 de marzo con base a una carta (vid. folios 70 y 79), remitida por correo ordinario, que la misma no recibió por causa ignorada (pues desde luego, no era certificada), y sí haciéndolo posteriormente el 29 de abril, cuando es lo cierto que el cáncer es una dolencia de larga y silente gestación de la que en el presente caso ya había indicios, con base a la presencia y crecimiento de nódulos, desde al menos el año 1.994 (vid. folio 22) y acusadamente desde diciembre de 2.002 (vid. folio 18).

Tercera: cuantía final de la indemnización:

(...) definitiva concreción de la cuantía indemnizatoria, reiterada con base al R.D.L. 8/2004, de 29 de octubre, sin perjuicio de su valoración con base la referida Resolución de 9 de marzo de 2.004, que por la (evitable) pérdida de la mama izquierda (11.804,55 €) y el perjuicio estético producido, que sin dificultad puede calificarse de «importante», y cifrado en 24 puntos (capítulo especial: 24 x 898,25 €), lo que determina como cuantía indemnizable adicional la suma de 21.558,00 €. A ello ha de añadirse, con base a la documental adjunta, la suma de 25.789,23 € correspondiente al importe de la intervención que hubo de practicarse la reclamante, otras pruebas y tratamientos por la misma exigibles, así como los gastos de alojamiento, hospitalización y manutención consiguientes, e igualmente con el reembolso los gastos de toda índole generados por el tratamiento de quimioterapia posterior. Se reclama pues en total, atendido al conjunto del resultado probatorio, la suma de cincuenta y nueve mil ciento cincuenta y un euros con setenta y ocho céntimos (59.151,78 €)».

Finalmente, la reclamante propone, a los efectos prevenidos en el art. 11.2 del R.D. 429/1993, la terminación convencional del procedimiento con al abono a la reclamante de la suma de treinta y cinco mil cuatrocientos noventa y un euros con seis céntimos (35.491,06 €), abonables incluso en cinco (5) plazos anuales de siete mil noventa y ocho euros con veintiún céntimos (7.098,21 €).

Concluye el procedimiento con la Propuesta de Resolución de 20 de noviembre de 2008 desestimatoria de la reclamación interpuesta.

IV

A la vista del expediente completo del que ahora se dispone, y respondiendo a cada una de las alegaciones formuladas por la parte reclamante, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión resarcitoria de la misma. Se extraen las siguientes conclusiones de la historia clínica de la reclamante, a la luz de los informes existentes:

Por una parte, en relación con la realización de la mastectomía, que según la reclamante pudo haberse evitado si se hubiese, a su vez, evitado la extensión del tumor a los ganglios axilares linfáticos con una asistencia médica adecuada, debemos señalar que la mastectomía no está indicada, según se informa por el Jefe del Servicio de Oncología Médica del Hospital Dr. Negrín, por la extensión a ganglios linfáticos, sino por el carácter multifocal de la lesión. En cualquier caso, la extensión axilar finalmente se demostraría en el propio acto quirúrgico a través de la técnica del "ganglio centinela", procedimiento para el que la paciente estaba citada cuando decidió por voluntad propia acudir a otro Centro.

Frente a la afirmación realizada por la interesada en su escrito final (alegación segunda), en relación con que se cometió error por inadecuación e insuficiencia de pruebas diagnósticas practicadas, se responde por el Jefe del Servicio de Oncología Médica que no puede considerarse "error médico" el esgrimido por la reclamante, pues sólo mediante pieza quirúrgica, y no de biopsia, se obtendría el 100% de certeza con respecto a la caracterización anatomopatológica del tumor, prueba que no se realizó al paciente al acudir éste a otro Centro, habiéndose incluso realizado el estudio preoperatorio en el Hospital Dr. Negrín. De lo que se deduce que el orden de las pruebas era correcto, pero ella decidió seguirlo en otro lugar.

Por lo expuesto, en efecto, no hay error ni práctica de pruebas insuficientes o inadecuadas, sino que éstas requieren un orden lógico en punto a su práctica. Para diagnosticar el caso que nos ocupa, lo primero es hacer la biopsia, y sólo siendo positivo su resultado lo siguiente sería operar y obtener histología de pieza quirúrgica, como se indicó.

En este caso, por lo demás, el resultado histológico no habría cambiado la actitud quirúrgica, ya que, como se señaló anteriormente, la mastectomía se hubiera tenido que practicar con independencia de aquel dato, al estar indicada por la multifocalidad del tumor, y no por su carácter infiltrante.

Ha de concluirse que, a la vista de los informes, tanto del Servicio de Radiodiagnóstico, como del Servicio de Cirugía General, obrantes en el expediente, se constata la corrección del orden practicado en la realización de las pruebas en relación con los hallazgos encontrados en cada momento, máxime cuando los controles que habían de realizársele en periodos de seis meses, en ocasiones se adelantaban; de lo que se deduce que el seguimiento de la reclamante fue rigurosísimo, por lo que la actuación médica fue conforme a la *lex artis ad hoc* sin que pueda haber lugar en consecuencia a la requerida relación de causalidad entre el perjuicio sufrido por la interesada y el funcionamiento de la Administración para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de esta última.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho. Procede desestimar la pretensión resarcitoria de la reclamante por las razones expresadas en el Fundamento IV de este Dictamen.