



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 4 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de febrero de 2010.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por B.E.H.A., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 796/2009 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un Organismo Autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud. De la naturaleza de esta Propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad de la solicitud 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, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en desarrollo de lo dispuesto en los arts. 189 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

II

Los hechos en los que se basa la reclamación, presentada por representante en nombre de B.E.H.A., la afectada, son los siguientes:

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

El día 21 de abril de 2005 fue intervenida de una reconstrucción mamaria, pues previamente, en el año 2004, le fue diagnosticado un cáncer de mama, sometiéndose a una mastectomía derecha en el Hospital Universitario de Nuestra Señora de la Candelaria.

En el día referido se le colocó en dicho centro hospitalario un expansor mamario de 500 c.c., incorrectamente a su juicio al hacerse de forma invertida (el polo superior estaba hacia abajo y la válvula hacia la piel).

No obstante, el primer período de expansión se inició el 21 de junio de 2005 al haber presentado un eritema en la zona mamaria. Sin embargo, este primer llenado del expansor con suero fisiológico le abrió la cavidad indebidamente hacia la parte de arriba, causándole dolor.

Por otra parte, refiere que la doctora le comentó que en septiembre de 2005 sería intervenida de nuevo para evitar las molestias, pero, tras dársele largas, se inició un nuevo período de expansión en marzo de 2006, sin que se llevara a cabo la reconstrucción mamaria.

Finalmente, en abril de 2006 se trasladó a Alicante y el día 3 de mayo de 2006 acudió al Hospital General de dicha ciudad con dolores en el pecho y las costillas. Posteriormente, el 21 de noviembre de 2006 fue intervenida para la colocación de una prótesis en la mama derecha. En dicha intervención el facultativo que la operó descubrió que el expansor estaba mal colocado, lo que estima que dio lugar a que su prótesis mamaria no quedara bien. En este sentido, debió someterse a una tercera intervención, efectuada el 20 de marzo de 2007.

En definitiva, la colocación incorrecta del expansor y la tardanza injustificada en culminarse la reconstrucción mamaria por los motivos requeridos le han producido daños físicos y psicológicos que no tenía el deber de soportar, solicitando la correspondiente indemnización.

III

1. La afectada ostenta la condición de interesada en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial al pretender el resarcimiento de un daño de carácter personal cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada en un Centro perteneciente al Servicio Canario de la Salud, pudiendo efectivamente actuar mediante representante apoderado al efecto (arts. 31 y 32 LRJAP-PAC).

La Administración autonómica está legitimada pasivamente, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, titular de la gestión del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

2. La reclamación fue presentada el 22 de marzo de 2005, mediante escrito del representante legal de la afectada. Posteriormente, el 8 de mayo de 2007, y tras solicitársele la subsanación y mejora del mismo, se presentó un nuevo escrito rubricado por la afectada y acompañado de diversa documentación referida al asunto. Por lo tanto, a la vista de los antecedentes fácticos que se expusieron con anterioridad, la reclamación planteada no es extemporánea (art. 142.5 LRJAP-PAC).

El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 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 la Salud.

La Resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 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.

3. Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, constan las siguientes actuaciones:

Como se indicó, la reclamación inicial fue presentada el 22 de marzo de 2007, a través de un primer escrito del representante legal de la afectada, iniciándose el referido procedimiento, sin perjuicio de la ulterior presentación por la propia afectada del escrito antes indicado.

El 15 de junio de 2007, la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dictó una Resolución por la que admitió a trámite la reclamación formulada.

El 20 de junio de 2007 se requirió el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones y el 3 de julio de 2007 el del Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora. El primero de los informes se emitió en fecha el 9 de febrero de 2009 y el segundo el 23 de julio de 2007, aunque éste requirió de posteriores aclaraciones.

El 2 de febrero de 2009 se acordó la apertura del periodo probatorio, admitiéndose las pruebas documentales propuestas que ya se habían presentado junto con la reclamación.

El 20 de abril de 2009 se otorgó el trámite de audiencia, no realizándose alegación alguna.

El 15 de junio de 2009 se formuló un informe-Propuesta de Resolución; el 23 de junio de 2009, una primera Propuesta de Resolución; la Propuesta de Resolución definitiva se elaboró el 17 de diciembre de 2009.

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

La afectada es titular de un interés legítimo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 LRJAP-PAC, puesto que alega haber sufrido un daño personal derivado del funcionamiento 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 le corresponde al Servicio Canario de la Salud, por ser el titular de la gestión del servicio público prestado.

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

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

IV

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es de carácter desestimatorio al considerar el órgano instructor que no existe nexo causal entre la prestación del servicio y el daño sufrido, toda vez que no consta en el expediente "criterio médico" que permita asegurar que en el presente caso hubiera mala *praxis* o actuación contraria a protocolo.

2. Sin embargo, para decidir sobre el fondo del presente asunto se hace preciso un informe complementario de especialista al objeto de que se aclaren las siguientes cuestiones:

A. Es un hecho que el expansor de la afectada perdió expansión, es decir, se desinfló, y que debió ser vuelto a rellenar.

Por lo tanto, procede determinar la causa concreta, de entre las referidas en el documento relativo al consentimiento informado que consta en el expediente, por la que se desinfló el expansor y obligó a un segundo relleno del mismo, no previsto en la información general que figura en dicho documento, o bien y en su defecto, cual fue la razón del desinflado, expresándose en todo caso justificación de la incidencia de la causa de que se tratara. Además, en este orden de cosas ha de explicarse el motivo por el que el proceso de reconstrucción mamaria se iniciara sin el referido documento y, por tanto, sin que se informara a la paciente al respecto y, en consecuencia, ésta consintiera debidamente al mismo, conociendo sus riesgos y subsiguientes limitaciones o problemas.

Por eso, ha de determinarse la influencia que tiene el desinflado y el reinicio, en su caso, de esta operación sobre la salud o el bienestar de la paciente y si influyó en el volteo o inversión posterior del expansor constatado en el Hospital General de Alicante.

Asimismo, ha de informarse si en el primer período de expansión se produjo la deficiencia que alega la interesada y, de ser así, si se contempló la posibilidad de intervenir para corregirla por dolorosa en sus efectos o si influyó en el incidente posterior del expansor o en la demora en el proceso de reconstrucción mamaria.

B. En relación, concretamente, con el volteo o inversión del expansor se alegan por el Servicio dos causas distintas, ya que se informó en el procedimiento a la afectada de que, entre las complicaciones de la reconstrucción mamaria con expansor, se encuentra la rotación, que no inversión, del mismo por la presencia de fuerzas musculares y/o infecciones durante el postoperatorio, mientras que en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones se afirma que la caída sufrida por la reclamante el 2 de mayo de 2006 pudo ser la causante del referido volteo.

Por consiguiente, interesa que se informe sobre la pertinencia de incluir este riesgo o complicación en el consentimiento informado y, en todo caso, tanto sobre si rotación del extensor es equivalente a su inversión o volteo, como sobre cuál fe la

causa concreta de la inversión y si su incidencia está justificada o es inevitable. Además, el informe complementario ha de pronunciarse sobre los posibles efectos del volteo en el desarrollo de la operación de reconstrucción mamaria, complicándola o limitando su resultado, o bien, no teniendo influencia alguna al respecto y, en particular, no generando la necesidad de una tercera intervención para culminarla, como aquí ocurrió.

3. Una vez elaborado el mencionado informe complementario, y previa audiencia a la reclamante, se formulará una nueva Propuesta de Resolución, que habrá de remitirse a este Consejo para su Dictamen preceptivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada no se ajusta al Ordenamiento Jurídico, debiendo procederse como se indica en el Fundamento IV.