



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 11 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 M.C.M.F., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 526/2009 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad el 21 de agosto de 2009 (Registro de Entrada de fecha 9 de septiembre de 2009), es la 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 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 Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de M.C.M.F., por haber sufrido daños en su persona como consecuencia la asistencia sanitaria que le fue prestada por el Servicio Canario de Salud.

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. La competencia para incoar y resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial la ostenta el Director del Servicio Canario de 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.

Mediante Resolución de 22 de abril de 2004, del Director del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para la incoación o admisión a trámite de todos los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria (Resuelvo Segundo.2). La misma Resolución delega en los Directores Gerentes de los Hospitales del Servicio Canario de la Salud de las Áreas de Salud de Tenerife y de Gran Canaria y Gerentes de Servicios Sanitarios de La Palma y Lanzarote la competencia para la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de su respectivo ámbito de actuación, por lo que corresponde a la Secretaría General la incoación y al Director Gerente del Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria la tramitación del presente procedimiento.

Finalmente, la Propuesta de Resolución es competencia de la Secretaría General del Servicio Canario de 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.a) 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.

4. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, conforme a lo establecido en los art. 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, pues el escrito de reclamación se presentó el 24 de mayo de 2006 respecto de un tratamiento asistencial del que fue dada el alta a la reclamante el 1 de febrero de 2006.

III

Los hechos objeto de la reclamación son, según los términos del escrito de la interesada, los siguientes:

“Primero.- Que en el mes de julio del año 2003, tras cuatro ocasiones, ingreso por orden facultativa en el Complejo Hospitalario Ntra. Sra. de Candelaria, en el departamento de obstetricia y Ginecología y por el servicio de urgencias, pues en mi seno izquierdo expulsaba por la areola del pezón pus y sangre, consiguiendo por toda respuesta de los médicos de urgencias, que me pusiera «betadine» y me lo limpiara con unas gasas y me marchara para mi casa.

Segundo.- Que, el día 16 de febrero del año 2004, por prescripción facultativa, ingreso en el Complejo Hospitalario Ntra. Sra. de Candelaria por el Servicio de Urgencias, cuyo motivo fue “por absceso en mama recidivante para tratamiento quirúrgico” y, a tal efecto, y tras la correspondiente exploración física, se dicta un diagnóstico clínico que no es otro que «ABSCESO EN MAMA RECIDIVANTE FISTULIZADO» (las mayúsculas son de la reclamante).

Con fecha de 17 de febrero del mismo año, se procede a la intervención quirúrgica, practicándose resección de la zona afectada, (...) y prolongándose el postoperatorio, por infección de la herida quirúrgica que precisa de curas locales durante más de un mes.

En la citada operación los médicos le aseguraron que no iban a quitarle el pecho y que el «quiste sebáceo» que tenía no era maligno.

Con posterioridad, se recomienda un tratamiento de curas locales en el centro ambulatorio hasta su total cicatrización y el control, por su ginecólogo en un mes, dando el alta el día 24 de marzo de 2004.

Tercero.- Que, en fecha 3 de marzo de 2004, se remite al laboratorio de Histopatología e Histoquímica, del Servicio de Anatomía Patológica, un fragmento amarillento, de cinco centímetros con elipse cutánea de dos centímetros y medio, resultando del diagnóstico Anatomopatológico «ENFERMEDAD FIBROQUÍSTICA CON CAMBIOS PROLIFERATIVOS. ABSCESO MAMARIO» (las mayúsculas son de la reclamante).

Cuarto.- Que, con posterioridad al alta del día 25 de marzo de 2004, continué en el centro de salud El Fraile realizando curas diarias pues la herida derivada de la intervención quirúrgica continuaba supurando y con una infección muy grande y,

según le aseguró el ATS (...), «tenía una infección de caballo». Estas curas se realizaron a diario durante seis meses. Al mismo tiempo continuaba yendo al Hospital Ntra. Sra. de Candelaria, a consultas externas, (...), indicándome a principios del mes de mayo del año 2005 que me debían operar otra vez, pues la infección no remitía, asegurándome que no iban a quitarme el pecho, puesto era malo.

Quinto.- Que, con fecha 10 de julio de 2005, ingreso nuevamente en el Centro Hospitalario Ntra. Sra. de Candelaria, siendo el motivo del ingreso la realización de cirugía radical previa a cirugía reparadora. En la previa exploración clínica se detectó el complejo areola-pezón de mama izquierda enormemente retraído y deformado, no figurando la exploración ginecológica en el historial clínico.

El diagnóstico clínico fue de «MAMA IZQUIERDA CON INTENSA DEFORMACIÓN COMPLEJO AREOLA-PEZÓN, SECUNDARIO A ABSCESO RECIDIVANTE E INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA PREVIA» (las mayúsculas son de la reclamante).

Se realiza en fecha 11 de julio del mismo año, la correspondiente intervención quirúrgica, practicándose mastectomía subtotal, con amplia extirpación complejo areola-pezón, (...). No se realizó en ningún momento cirugía reparadora.

Se recomendó un tratamiento consistente en retirada de puntos de la herida y duras, dando el alta el día 13 de julio de 2005.

Cuál fue mi sorpresa que, cuando despierto de la anestesia, encuentro que, como consecuencia de la impericia de los cirujanos que me intervinieron, he perdido la totalidad de mi seno izquierdo.

Sexto.- Que con fecha 25 de julio de 2004 se me remite nuevamente al laboratorio de Histopatología e Histoquímica, del Servicio de Anatomía Patológica, a fin de que se realice el correspondiente informe anatomopatológico, siendo la descripción macroscópica de una pieza de tumorectomía mamaria de nueve por siete por dos y medio centímetros, recubierta en una de sus caras por elipse cutánea con áreas de retracción. Concretándose en el diagnóstico de Mastitis crónica inespecífica (resección de mama izquierda). Parenquimia mamario con áreas de inflamación linfoplasmocitaria perilobular, invaginación epidérmica y sin signos histológicos de malignidad.

Séptimo.- Que, a raíz de las intervenciones quirúrgicas y de la pérdida total de mi pecho izquierdo he tenido graves trastornos psicológicos, hasta el punto de haber necesitado tratamiento psiquiátrico, (...), el día 22 de julio de 2005.

Octavo.- Que, con todo lo anterior, he continuado con las consultas periódicas ginecológicas (...), hasta el día 1 de febrero del año 2006 que, sin encontrar explicación, es cuando se me da el alta definitiva de la unidad de patología de mama, sin haber realizado reparación alguna de la ablación del pecho izquierdo.

Pero el caso es que como consecuencia de la total y absoluta impericia de los facultativos (mal funcionamiento del servicio público), hoy me veo con una grave deformidad de grado máximo”.

Se adjuntan con la reclamación informes relativos a la atención prestada a la que se hace alusión, así como al afecto fotografías del estado actual de la cicatriz y de la inexistencia del pecho izquierdo

Se valora el daño en 89.097,38 euros, en la que se incluye el presupuesto de reconstrucción mamaria efectuado por la Clínica T.

IV

1. Desde el punto de vista del procedimiento, se han realizado las siguientes actuaciones:

El 8 de junio de 2006 se identifica el procedimiento y pide a la interesada mejorar su solicitud mediante la aportación de copia compulsada de su DNI y autorización de acceso a su historia clínica. Tras ser intentada varias veces la notificación a la interesada, y después de nuevos escritos de 23 de junio de 2006 y 25 de julio de 2006, se recibe notificación el 31 de julio de 2006, viniendo a mejorar la solicitud el 8 de agosto de 2008.

Por Resolución de 27 de septiembre de 2006, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación interpuesta y se suspende el plazo para resolver entre la solicitud y la recepción del Informe del Servicio. Asimismo se acuerda la remisión de la documentación obrante en expediente a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria para que continúe con su tramitación (recibiéndose por aquélla el 5 de octubre de 2006), en cumplimiento de la Resolución de 22 de abril de 2004, del Director. De ello es notificada la interesada el 17 de octubre de 2006.

El 27 de septiembre de 2006 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, informando de que se remita al mismo a la Dirección Gerencia del

Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria. Tal informe se emite el 14 de septiembre de 2007, dándosele traslado a la citada Dirección Gerencia.

Para la emisión del informe del Servicio se solicitó, el 10 de octubre de 2006, a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria, la historia clínica de la reclamante obrante en el Hospital, así como obrante a la consulta de ginecología del Centro de Atención Especializada de zona. En fecha 27 de noviembre de 2007 se remite la historia obrante en el Hospital, y, respecto de la del Centro de Salud se señala en escrito de la subdirección médica de especialidades que no hay datos en el Centro de Salud porque los documentos se dan al paciente, para que los lleve en las siguientes consultas de otras especialidades. En todo caso se constata que tuvo cita de ginecología en el Centro de Salud de Arona los días 29 de marzo y 25 de mayo de 2004, programándose consulta para diciembre de 2006.

Asimismo, mediante escrito de 2 de mayo de 2007, se solicitó la elaboración de informes por el Responsable de la Unidad de Patología de Mama del Servicio de Ginecología del Hospital Ntra. Sra. de Candelaria, así como del jefe del Servicio de Cirugías Plástica, Estética y Reparadora del citado Hospital, acerca de determinados extremos. Los mismos se remiten el 12 de junio de 2007.

Por escrito de 27 de octubre de 2006, la interesada pone en conocimiento del instructor su nuevo domicilio y número de teléfono, a efectos de notificaciones.

El 27 de septiembre de 2007 se dicta acuerdo probatorio, en el que se declara la pertinencia de las pruebas propuestas, mas, señalando que obran ya todas en el expediente, se declara concluso el periodo probatorio. Este acuerdo es notificando a la interesada el 14 de diciembre de 2007.

Por acuerdo de 24 de enero de 2008 se determina la apertura de trámite de audiencia, solicitando la parte interesada por comparecencia personal el 27 de marzo de 2008 copia de determinados documentos que se le entregan en el acto. El 1 de abril de 2008, se presentan alegaciones.

Como consecuencia de las alegaciones, el 11 de junio de 2008 se solicita informe complementario al Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria, que lo vendrá a emitir el 12 de junio de 2008.

Así pues, al obrar nueva documentación en el expediente, se da nueva audiencia a la interesada el 18 de junio de 2008, sin que se realicen nuevas alegaciones.

Entretanto, constan escritos interpuestos por la reclamante, de 12 de septiembre de 2008 y de 1 de junio de 2009, en los que se pide la resolución del procedimiento, al haber transcurrido en exceso el plazo de resolución.

El 20 de noviembre de 2008 todo lo actuado es remitido desde la Dirección Gerencia del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria a la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, incluyendo informe-propuesta de resolución, de 28 de octubre de 2008, en sentido desfavorable a la pretensión de la reclamante.

El 9 de marzo de 2009 se emite Propuesta de Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud adoptando la posición del citado informe-propuesta. Aquella Propuesta de Resolución es estimada conforme a Derecho por el informe del Servicio jurídico de 29 de julio de 2009, por lo que se eleva a definitiva el 21 de agosto de 2009.

En su sesión de 14 de octubre de 2009, la Sección II de este Consejo Consultivo recabó información complementaria acerca de este asunto, sobre la evolución de la patología de la interesada en caso de no haberse realizado la intervención y sus consecuencias para su estado de salud. Requerimiento atendido el pasado 23 de diciembre; y recibido por este Consejo Consultivo el 20 de enero de 2010.

2. En este procedimiento, el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte, no exime a la Administración de resolver expresamente (arts. 42.1 y 7 y 141.3 LRJAP-PAC).

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de la parte reclamante con fundamento en las consideraciones resultantes del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones. Así la Propuesta de Resolución señala: *“Ante los hechos expuestos, el Servicio de Inspección y prestaciones visto informe preceptivo del Servicio de Ginecología del HUNSC y a la vista de la historia clínica de la paciente: «Que en la primera consulta de patología de mama (18 de agosto de 2003) se decide intervención quirúrgica “resección de absceso recidivante».*

La constante recidiva de una mastitis es con frecuencia consecuencia de una fístula entre el galactóforo y el límite entre areola y piel de la mama llamada periareolar recidivante.

El origen de la infección y sus recidivas se atribuye a la «epidermización» del conducto galotóforo en su porción terminal.

Como informa el jefe de Ginecología y Obstetricia: «no existe ninguna relación entre la atención sanitaria recibida y la continuidad de las recidivas de abscesos de su mama izquierda. La intervención quirúrgica realizada, resección incluyendo el trayecto fistuloso, es la indicada para evitar la continua recaída».

Al continuar el cuadro, el mal estado estético y la cicatrización fistulizada obligaba a una amplia resección quirúrgica con plastia de reconstrucción en un segundo tiempo.

La mastectomía subtotal con amplia extirpación del complejo areola-pezones, practicada en fecha 11 de julio de 2005, estaba recomendada desde abril de 2005 y así consta como motivo de ingreso causado en fecha 11 de julio de 2005.

Informa el jefe del Servicio mencionado que «(...) se informa a la paciente de la conveniencia de la extirpación amplia areola-pezones y posterior reconstrucción plástica en un segundo tiempo.

El motivo de la consulta en Cirugía Plástica el 1 de febrero de 2006 era la plastia de reconstrucción. La reclamante manifiesta, y así consta en historia clínica, que en principio la paciente renuncia a la reconstrucción».

Por otra parte -continúa la Propuesta de Resolución-, si bien no consta consentimiento informado en la historia clínica, ello no conlleva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública (...), ya que de acuerdo con lo informado por el Servicio de Inspección, a través de los informes recabados, sí existió un consentimiento informado verbal.

En este punto, continúa la Propuesta de Resolución argumentando la desestimación al entender, usando en su apoyo jurisprudencia al efecto, que: la esencia del consentimiento informado radica en que el informado ejerce libremente su consentimiento para la realización de las técnicas terapéuticas oportunas. El derecho a ser resarcido surge cuando, no habiendo base para deducir el consentimiento por presunciones, se deduce que de haber mediado información - aquí el consentimiento informado- el paciente habría rechazado el tratamiento prestado o habría interesado otro parecer facultativo tanto para el diagnóstico como para el tratamiento”.

Por todo ello concluye la Propuesta de Resolución que no hay responsabilidad de la Administración.

2. Entendemos que la Propuesta de Resolución que se somete a nuestra consideración es conforme a Derecho. Ha de resaltarse, por un lado, que en su escrito de solicitud, la interesada no concreta el fundamento de su pretensión. Expone los hechos acaecidos, ciertamente; y también acredita el daño ocasionado y su carácter efectivo: a propósito de su antijuridicidad, resalta asimismo la ausencia de causas de justificación; pero la responsabilidad patrimonial de la Administración exige legalmente la concurrencia de un segundo requisito, la imputación del daño al funcionamiento de un servicio público; y hasta de un tercero, la existencia de una conexión causal entre el funcionamiento de un servicio público y el daño producido.

No se hace a ello alusión en el escrito de solicitud. A lo sumo, del relato factico sobre el que descansa la pretensión indemnizatoria cabe inferir, primero, que la paciente no fue informada de la extirpación de su mama izquierda, que finalmente hubo de padecer en la intervención practicada el 11 de julio de 2005; y, en segundo término, que dicho desenlace se debió a la impericia de los cirujanos.

A este último respecto, cabe indicar que, más allá de la afirmación que se deja caer en el relato de los hechos, nada permite alcanzar tal conclusión, de las actuaciones desarrolladas en el curso del procedimiento; en ningún momento, en efecto, se acredita la existencia de la práctica de una indebida atención sanitaria o de alguna otra actuación contraria a la *lex artis* que, en materia de sanidad, resulta el criterio de imputación determinante de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la mayoría de los casos.

Ya en trance de alegaciones, no puede extrañar que la supuesta falta de consentimiento se torna prácticamente en el único soporte sobre el que la interesada apoya su pretensión. Es verdad, a este respecto, que el consentimiento no se practicó en las condiciones estrictamente requeridas y con el rigor que reclama y que corresponde a su consideración como derecho fundamental de los pacientes en el ámbito de la asistencia sanitaria. Opone a ello la Administración que el defecto de consentimiento no determina el surgimiento automático de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Lo que también es verdad. Pero, en cualquier caso, su consideración obliga a extremar el juicio y a valorar pormenorizadamente las circunstancias concurrentes en cada caso: por lo demás, habitualmente habrá de desencadenar consecuencias en el plano que nos ocupa. Ahora bien, en este caso, ha quedado acreditado que la paciente sí fue informada verbalmente y que a tenor de la información conocía el alcance de su patología. El consentimiento verbal

generalmente tampoco es suficiente; pero asimismo hay que valorar en este caso que, junto a ello, consta igualmente acreditado en el expediente que la alternativa practicada era la única y que los hechos fueron desarrollándose conforme se sucedían los acontecimientos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.