



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 5 4 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de junio de 2010.

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 J.A.B.G., en nombre y representación de M.P.R.P., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 317/2010 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 20 de abril de 2010, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Comunidad Autónoma. De la naturaleza de esta Propuesta se deriva la competencia 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.

II

1. Se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar, de M.P.R.P., al pretender el resarcimiento de un daño que se le irrogó en su persona, cuyo origen se imputa a la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud, actuando, en este caso, mediante representación debidamente

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

acreditada. Asimismo, están legitimados, tras el fallecimiento de la reclamante, su esposo y sus dos hijos, dada su condición de herederos, para continuar con la acción iniciada por aquella, que, además continúan con la misma representación.

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.

2. Se cumple igualmente el requisito de no extemporaneidad de la reclamación. Pues ésta se presenta el 24 de junio de 2003, habiéndose suspendido el plazo de prescripción en este caso por haberse tramitado diligencias previas nº 519/2003, ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santa Cruz de Tenerife. Éstas fueron sobreseídas por auto de 7 de febrero de 2003, cuya apelación fue desestimada por auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 4 de abril de 2003.

Dado que el cómputo del año de la prescripción comienza en el momento de la notificación de aquel auto, y la reclamación se presentó el 24 de junio de 2003, no ha transcurrido el año establecido legalmente, habiéndose presentado en el plazo legal oportuno la reclamación que nos ocupa.

Ahora bien, a pesar de ello, el tema de la prescripción ha dado lugar en este caso a una cuestión incidental.

Así, el 29 de agosto de 2003 se solicitó al Servicio de inspección y Prestaciones informe acerca de esta cuestión, emitiéndolo aquel Servicio el 15 de abril de 2004 con la conclusión de haber prescrito la acción por haber transcurrido más de un año desde la determinación de las secuelas.

De conformidad con esta conclusión, el 5 de julio de 2004 se dictó Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud inadmitiendo a trámite la reclamación presentada.

Contra aquella reclamación se interpuso por la reclamante recurso contencioso administrativo ante el Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, recayendo sentencia el 9 de abril de 2007 en la que se declara conforme a derecho la resolución recurrida. Contra tal sentencia se recurrió en apelación, dictando la sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias sentencia en la que se estimaba parcialmente la pretensión del recurrente, de manera que se ordenaba a la Administración a continuar con la

tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial al no haber prescrito la acción.

3. 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 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.

4. 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.

III

La parte interesada basa su pretensión en los siguientes hechos:

“Primero. Que en el año 1994 mi representada descubrió la existencia de un extraño bulto en el pecho izquierdo, que la llevó inmediatamente a la consulta de su médico de cabecera (primero en el ambulatorio del Barrio de la Salud y posteriormente en el Centro de Añaza de Santa Cruz de Tenerife, por razón del cambio de domicilio), cuyo facultativo la remitió a su vez al especialista en Ginecología Dr. C.C.S. en el Centro Especializado J.A. Rumeu en calle Tomé Cano, quien la estuvo examinando hasta 1998, sin prescribirle ninguna prueba de reconocimiento como se suele hacer en estos casos, pese a que el tamaño del citado bulto crecía progresivamente todos los años.

La respuesta del facultativo siempre fue la misma hacia la paciente en el sentido de manifestarle «que se fuera a casa sin miedo». Sólo la ansiedad y la insistencia de la hoy reclamante consiguen que en el año 1998 y ordenada por el Dr. Ginés (que sustituía al anterior) se le realice una mamografía, que es analizada después por el Dr.C.C.S, quien vuelve a manifestar que «no tenía nada».

Al año siguiente, es decir, en 1999, tras gran insistencia consigue que el Dr. Ginecólogo le practique otra mamografía, la cual tampoco parece ser que le indujo a un cambio de opinión sobre su patología, pues repitió los mismos comentarios que en años anteriores, sobre la «no existencia de problema alguno».

Dado que el extraño bulto seguía creciendo, y por el estado de nervios de la paciente, puesto que no se sentía atendida por los servicios médicos, ésta acude en el año 2000 a la consulta de un profesional privado, A.D., quien a la vista de un nódulo de 3x2 centímetros en el pecho izquierdo, la remite urgentemente al Hospital Universitario de Nuestra Sra. de la Candelaria, siendo diagnosticada de Cáncer de mama.

Tras varias intervenciones quirúrgicas y tratamiento recibido, es diagnosticada por último de metástasis ósea y hepática, que previsiblemente evolucionará hacia una progresiva afectación de otros órganos. (...)

Se entiende por la parte reclamante que existe responsabilidad de la Administración dado que en ninguno de los actos médicos especificados se le realizó a la paciente las necesarias pruebas para detectar el alcance de sus dolencias. La negativa evolución de éstas y la ausencia de tratamiento alguno en los centros del Servicio Canario de la Salud determinaron que la reclamante acudiera a un Centro privado, quien, en el año 2000 remite a la paciente al Hospital de la Candelaria, donde es intervenida y diagnosticada de cáncer de mama, ya en avanzado proceso, habiendo metástasis ósea y hepática al poco tiempo.

Los daños derivados de ello, por los que se reclama, son: *“varias intervenciones quirúrgicas, mastectomía, y metástasis ósea y hepática, imposibilidad de continuar con su negocio de peluquería, donde trabajaba, y atender a su familia, uno de sus hijos, aún menor de edad, estando afectada de una minusvalía del 83%”*.

Se solicitó inicialmente por la reclamante una indemnización de 334.329,99 euros, con el correspondiente desglose de los distintos conceptos.

En el escrito de alegaciones los herederos fijan la cuantía total del daño a resarcir en 147.514,33 euros, más un incremento del 10 por ciento como factor de corrección.

IV

En la tramitación del procedimiento se han realizado las siguientes actuaciones, además de las referidas en relación con la prescripción de la acción:

1) El 26 de junio de 2003 se remite la reclamación de la interesada desde la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios a la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud.

2) El 14 de julio de 2003, lo que se notifica a la interesada el 22 de julio de 2003, se identifica el procedimiento.

3) El 23 de julio de 2003, con notificación a la interesada de 6 de agosto de 2003, se insta a aquélla a la mejora de su reclamación, con aportación de determinados documentos, lo que ésta cumplimenta el 7 de agosto de 2003, complementando, el 15 de octubre de 2003, la aportación de medios de prueba, añadiendo, el 16 de marzo de 2004, último informe neuro-radiológico de la paciente.

4) Tras el proceso de determinación de la prescripción, por Resolución de 26 de diciembre de 2007 de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación de la interesada, acordando la suspensión del procedimiento entre la solicitud y la recepción del informe del Servicio. Sin embargo, dado el tiempo transcurrido entre los intentos de notificación y esta misma, los herederos insisten, por escritos propios y providencias del Juzgado, en la ejecución de la sentencia por parte de la Administración, e incluso después de ser notificados. Por ello la Administración remite copia de lo actuado el 3 de noviembre de 2008 y el 2 de diciembre de 2008.

5) Entretanto, es de destacar que se produjo el fallecimiento de la reclamante, por lo el 6 de noviembre de 2007 se comunica a la Administración la continuación del procedimiento por los herederos, con cambio de domicilio a efectos de notificaciones.

6) El 3 de diciembre de 2008 se remite escrito a los interesados comunicando que disponen de 10 días para proponer los medios de prueba de los que deseen valerse, lo que éstos presentarán el 19 de diciembre de 2008 y el 30 de diciembre de 2008.

En consecuencia con lo solicitado por la parte reclamante, el 19 de enero de 2009 la Administración solicita al Colegio de Médicos de Santa Cruz de Tenerife información acerca de los ginecólogos, para ser peritos en este procedimiento. A lo que se le contesta el 30 de enero de 2009 la inexistencia de peritos en esta especialidad, pero aún así se remite lista de los especialistas en ginecología. Asimismo, se dirige escrito por parte de la Administración a la Unidad de Diagnóstico Precoz de Cáncer de mama para la emisión de informe sobre determinados extremos. Tal informe se remite el 30 de enero de 2009.

7) Por acuerdo sobre trámite probatorio, de 19 de enero de 2000, se admiten a trámite las pruebas propuestas por la parte interesada y se abre periodo probatorio.

Se aporta escrito por el interesado el 27 de febrero de 2009 renunciando a la pericial y aportando nuevo escrito como documental admitida: informe pericial obrante en el Procedimiento penal PO 116/06, del Dr. S.M.

8) Por acuerdo de 19 de marzo de 2009, se abre trámite de audiencia, siendo notificados los reclamantes el 6 de septiembre de 2009. Así, comparecen el 8 y el 15 de abril de 2009 a efectos de solicitar determinada documentación, realizando alegaciones el 17 de abril de 2009.

9) A la vista de las alegaciones de la parte interesada, el 1 de junio de solicita informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones, emitiéndose en aquella misma fecha.

10) Por Resolución de 27 de julio de 2009 de la Secretaría General del Servicio Canario de la salud se acuerda la retroacción del procedimiento para la aportación de informe pericial en su totalidad del Dr. S.M., citándolo para su ratificación en aquél. Lo que se verifica mediante comparecencia el día 4 de abril noviembre de 2009.

12) El 25 de febrero de 2010 se dicta Propuesta de Resolución, que, habiendo sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en informe de 22 de marzo de 2010, se eleva a definitiva el 19 de abril de 2010. En ella se desestima la pretensión de la reclamante.

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución viene a señalar, a partir de la documentación aportada al expediente, y en especial, al informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de 14 de noviembre de 2008, así como el complementario emitido el 1 de junio de 2009:

“Derivado de lo anterior podemos concluir que no se produjo demora en el diagnóstico, las pruebas practicadas a la paciente consistentes en la denominada triada clínica, a saber, mamografía de fecha 13 de noviembre de 1999, PAFF (biopsia) de 17 de octubre de 2000 y estudio radiológico de fecha 8 de noviembre de 2000, arrojaron un resultado negativo, así como los marcadores tumorales de fecha 27 de octubre de 2000.

En relación a este punto cabe destacar que en la prueba documental propuesta por el reclamante, se solicitó que por parte de la responsable de la unidad de Diagnóstico Precoz de Cáncer de Mama se contestara por escrito a las preguntas

formuladas por el mismo. Entre las preguntas planteadas se plantea si el estado de la ciencia considera imprescindible, ante un PAFF negativo, practicar una aspiración con aguja fina o biopsia a cielo abierto, la respuesta es la siguiente: «no, no es cierto. El PAFF como prueba diagnóstica tiene estimada una sensibilidad de un 91%, es decir, es capaz de detectar 91 de cada 100 cánceres y una especificidad del 97%, es decir, de cada 100 biopsias normales identifica como normal 97».

Consecuentemente, cabe concluir que en todo momento se aplicaron las medidas diagnósticas y terapéuticas adecuadas, sin que se pueda apreciar retraso alguno en el diagnóstico, toda vez que las pruebas practicadas a la paciente arrojaron un resultado negativo, y teniendo en cuenta que sólo tres meses después de la intervención con un resultado de no extensión ganglionar, se encontraron signos de metástasis óseas múltiples.

En cuanto al argumento planteado por la representación de la interesada, sobre la posibilidad de que en el año 1994 la paciente ya padeciera cáncer, cabe señalar que en el acto de comparecencia del perito S.M., le fue formulada la siguiente pregunta: En su opinión, partiendo de que las pruebas practicadas en 2000 a la paciente fueron negativas, ¿si éstas se hubieran realizado en los años anteriores el resultado hubiera sido el mismo? La respuesta fue la siguiente: No lo afirmo taxativamente, pero lo normal es pensar que sí.

Lo que resulta evidente es que el caso que nos ocupa es un caso difícil, pues, o se trató de un carcinoma sumamente agresivo que se implantó sobre un nódulo benigno o un carcinoma crónico oculto que se desarrolló agresivamente a partir de un momento determinado, lo que permite pensar que, aún practicándose con anterioridad otras pruebas, no se aseguraba un diagnóstico y evolución diferente a la ocurrida.

La exigencia de una responsabilidad patrimonial a la Administración no puede concebirse como una obligación de resultado, la sanación completa del individuo, sino de medios, traducidos en este caso en las pruebas practicadas.

Concluyendo, no se dan en el supuesto analizado los presupuestos precisos para poder declarar la responsabilidad de la Administración, sanitaria, toda vez que las mamografías practicadas en 1998, 1999 y la mamografía con ecografía de fecha 8 de noviembre de 2000, los marcadores tumorales negativos, el PAFF negativo, los ganglios extirpados libres, permite afirmar que los reiterados resultados negativos, con el resultado final no deseado, no guardan relación con una deficiente asistencia

sanitaria sino como el tipo de tumor que padecía la paciente, que sólo fue visible mediante el análisis de la pieza extirpada”.

2. Pues bien, entendemos que la Propuesta Resolución del procedimiento no es conforme a Derecho, pues de los informes obrantes en el expediente, aunque se concluye lo negativo de los resultados de las pruebas realizadas a la paciente en determinado momento, también se concluye que no se realizaron pruebas durante los años 1994 a 1998, y que las realizadas en 1998 y 1999 fueron insuficientes, así como que, a partir de 2000 ya, a pesar de arrojar algunas pruebas resultados negativos, se indaga hasta el final y es entonces cuando se descubre ya la gravedad del estado de la paciente.

La finada aquejaba un bulto en la mama izquierda desde el año 1994, fecha, a partir de la cual acudió en reiteradas ocasiones a su centro de salud, desde donde se le remitía al ginecólogo, quien, hasta 1998 no realizó ninguna prueba diagnóstica.

Si, efectivamente, tal y como afirma la Propuesta de Resolución, la obligación de la Administración Sanitaria es de medios, y no de resultado, el hecho de afirmar que el fallecimiento de la paciente, probablemente, que no con seguridad, entre otras cosas por no contar con todos los medios para afirmarlo, se hubiera producido igualmente con independencia de que se hubieran realizado aquellas pruebas con anterioridad, no queda liberada la Administración de su responsabilidad. Y es que ésta se deriva en este caso, de no haber puesto a disposición de la paciente todos los medios terapéuticos y diagnósticos de los que se disponía desde el año 1994, dado el estado de la ciencia.

No se sabe, ni se sabrá ya, si la realización de todas las pruebas a disposición de la sanidad hubiera salvado la vida de la paciente. Pero es que, además, contamos con que, a pesar de notarse la propia paciente el bulto por el que acudía a los médicos a sabiendas, además, del factor hereditario del cáncer de mama y de que sus dos tías habían fallecido por esta patología, la mamografía que se le realiza en 1999 informa de que “no se objetivan nódulos”, mas sí, incluso, en la de 1998, y por supuesto, desde 1994 los objetivaba la propia paciente. Además, en la propia mamografía de 1999 se afirma por el radiólogo que informa que dada la densidad de las mamas disminuye la sensibilidad de estudio, pero aun así, y siendo evidente que no se ve en ella no lo se sabe que hay (un bulto), cuánto menos lo que no se sabe que hay (sus características), no se hacen más pruebas.

No es justificable que un paciente de la seguridad social deba acudir a la medicina privada para que, por remisión de un médico privado, la medicina pública

realice las pruebas que se desencadenaron a partir de 2000, máxime en un caso de patología mamaria, en el que la publicidad preventiva del Servicio Canario de la Salud es muy notable.

Y es que el 9 de octubre de 2000, cuando la paciente acude a ginecólogo privado, éste, a la vista de nódulo de 3x2 cms., y a pesar de los resultados de la mamografía de diciembre de 1999 a la que ya nos hemos referido, dada la ansiedad de la paciente, la remite al Hospital de la Candelaria, donde, ahora sí, se le realiza el 17 de octubre de 2000 PAFF, el 27 de octubre de 2000 análisis de marcadores tumorales, y el 8 de noviembre de 2000 mamografía y ecografía, procediendo, a pesar de los resultados negativos de aquellas pruebas, el 27 de noviembre de 2000 a practicar tumerectomía, respecto de la que, recibido informe de anatomía patológica el 5 de enero de 2001, se informa: *“Carcinoma ductal infiltrante, la tumoración alcanza márgenes quirúrgicos”*.

Así pues, sólo tras la insistente actitud demandante de la angustiada paciente, y a instancia de la decisión de un médico privado, ahora sí, se ponen a disposición de la paciente todos los medios de los que la sanidad dispone para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad de la ahora fallecida. Ya es demasiado tarde.

La responsabilidad de la Administración por falta de aplicación de medios de diagnóstico es notoria en este supuesto. Dada la gran divulgación de la necesidad del diagnóstico precoz por el Servicio Canario de la Salud, no es admisible que una vez que una paciente “hace su parte” mediante la autopalpación y se pone en manos de la Sanidad para confirmar o, en el mejor de los casos, descartar la existencia de cáncer, así como para que se realice un exhaustivo seguimiento de eventuales nódulos, la Administración simplemente mande nuevamente a casa a la paciente sin realizar ninguna prueba diagnóstica, año tras año.

Ahora, como afirma el representante de los reclamantes al incorporar a sus alegaciones de 17 de abril de 2009 la Sentencia de 10 de marzo de 2006, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, *“La Administración niega el hecho indemnizatorio bajo el pobre argumento de que el fallecimiento podría haber ocurrido igualmente, puede ser cierta tal alegación, pero es que la negligente actuación de la Administración impide determinar la veracidad de la afirmación, recuérdese que se diagnostica el carcinoma unos seis meses después de la primera consulta (la que nada detectó), y además a instancia de la propia paciente que acudió a un centro privado (...)”*.

Por todo ello entendemos que la Administración no puso a disposición de M.P.R.P. todos los medios de diagnóstico y terapéuticos de los que disponía, y, cuando lo hizo, en el año 2000, y a partir de derivación de médico privado por iniciativa de la propia paciente ya era demasiado tarde, deviniendo durante la sustanciación del procedimiento que nos ocupa, el fallecimiento de la reclamante, a pesar de su continua angustia por evitar lo que no pudo evitar.

Así pues, la Administración ha de proceder a indemnizar a los reclamantes, que han sucedido en la acción a M.P.R.P., en las cantidades que le corresponden a cada uno por concepto de muerte de un familiar según las tablas aplicables al efecto.

C O N C L U S I Ó N

No se considera ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución, siendo procedente la estimación parcial de la reclamación formulada e indemnizar a los interesados en la cuantía resultante, a las tablas aplicables analógicamente al efecto.