



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 597/2012

(Sección 2ª)

La Laguna, a 20 de diciembre de 2012.

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.A.G.V., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 566/2012 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de indemnización, con exigencia de responsabilidad patrimonial, de un Organismo Autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS), por daños que se alegan causados por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Es preceptiva la solicitud del Dictamen, estando legitimado para producirla el órgano antes mencionado [arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo].

2. Es aplicable la ordenación del servicio público concernido, básica estatal y autonómica de desarrollo, particularmente la reguladora de los derechos y deberes del paciente, así como, como regulación básica en la materia no desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC), tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPAPRP).

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

3. Por otra parte, concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio regulado en el art. 106.2 de la Constitución (artículos 139 y 142 LRJAP-PAC).

II

1. El presente procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación el 20 de septiembre de 2010, apoyándose su solicitud en los siguientes hechos:

Con fecha 24 de septiembre de 2008, la interesada se realiza mamografía de ambos pechos en el Centro Laguna-Geneto en el programa de diagnóstico precoz de cáncer de mama. Se informa la prueba, que es en cuanto a la mama derecha, sin hallazgos patológicos y, en la mama izquierda, de apreciación de nódulos de densidad agua mayor de 1 cm, considerándose de naturaleza benigna al no presentar entonces signos sospechosos de malignidad. Se pauta nueva mamografía en 6 meses para control. Y, en efecto, el 13 de marzo de 2009 se realiza ésta en la mama izquierda en el mismo Centro, siendo informada similarmente.

Al respecto, la paciente señala que, en ninguna de las dos ocasiones, fue advertida de problema o gravedad por el nódulo detectado, pese a comentar al facultativo que le dolía el pecho algunas veces, reiterándosele que la situación era de normalidad.

Sin embargo, en junio de ese año fue remitida por su médico de cabecera al Hospital Universitario de Canarias (HUC), donde un ginecólogo recoge muestra de los nódulos para realizar biopsia el 27 de julio de 2009 y el 17 del mes siguiente vuelve a consulta y se le comunica la necesidad de ser intervenida quirúrgicamente para extirparlos y analizarlos. Así, el 16 de septiembre del mismo año se realiza en el HUC tumorectomía amplia de mama izquierda, con envío del material al Servicio de Anatomía Patológica, diagnosticándosele tumor *phylloides* maligno bifocal, segunda el 27 de octubre de mastectomía simple, con posteriores sesiones de radioterapia, hasta 25.

- El 9 de marzo de 2010 presenta ante la ODDUS reclamación contra el Programa de diagnóstico precoz de cáncer de mama del Centro de Salud Laguna-Geneto, a la que se le responde el 23 de abril de 2010, con copia del escrito de alegaciones enviadas por el Programa, aludiéndose a cita de 5 de septiembre de 2007 a la que no se presentó, así como que procedería comparación de mamografías realizadas en el programa y en el HUC, sin poderlo hacer al tenerlos la paciente. A mayor

abundamiento, la interesada señala que el Programa se dirigió a ella el 19 de agosto de 2009 para darle cita el 22/09/2009, manifestando que hacía dos años desde la última mamografía, lo que es ajeno a la realidad.

Es más, la paciente advierte que no se le realizaron mamografías en el HUC, sino en el Programa, presentando en el Centro hospitalario las realizadas en aquél, de modo que, con esta base y ulteriores asistencias por ginecólogo y análisis y biopsia, antes mencionada, se le diagnosticó el cáncer de referencia en relación con los nódulos detectados el año anterior.

Por lo demás, la interesada no cuantifica la indemnización que reclama en su escrito de reclamación, permitiendo que sea la Administración la que, a la vista de los hechos y el daño causado, señale su cuantía.

III

1. El 28 de septiembre de 2010 la Administración requiere a la interesada la subsanación y mejora de la reclamación, contestando debidamente el 18 de octubre al requerimiento, con aportación de fotocopia compulsada de su DNI, documentación probatoria y autorización expresa de acceso a los datos obrantes de su historia clínica.

Luego, sin perjuicio de lo expuesto sobre el inicio del procedimiento, la reclamación se admitió a trámite por Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, en fecha 15 de noviembre de 2010, solicitándose informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) para que, a la vista de la Historia Clínica de la paciente y del que provenga del servicio implicado se realice un pronunciamiento acerca de la existencia o no de relación de causalidad entre el daño alegado y la actuación del servicio público sanitario.

2. El SIP, excediendo el plazo legalmente exigible al efecto, emite informe a la vista de la documentación recabada, indicando:

- Paciente que es incluida en el Programa de diagnóstico precoz del cáncer de mama. En la visita de 24 de septiembre de 2008 a la Unidad correspondiente, se cumplimentan datos clínicos y antecedentes personales, sin constar existencia de antecedentes familiares, ni sintomatología relacionada con patología mamaria.

Se realiza mamografía observándose en mama izquierda un nódulo densidad agua mayor de 1 cm., considerándose probablemente benigno y, siguiendo protocolo habitual, se aconseja cita cada seis meses.

A la paciente se entrega documento donde consta el resultado indicándosele que, si en el plazo estipulado notase molestia u otra alteración, acuda a su ginecólogo o a la Unidad actuante.

No hay constancia, según este informe, de referencia de síntomas de patología mamaria al médico de cabecera, ni que se realizara la actuación antedicha.

En la siguiente mamografía programada, el 13 de marzo de 2009, se observa el mismo resultado, emitiéndose documento con la conclusión final del cribado según el cual no existían signos sospechosos de malignidad, según protocolo establecido, comunicándose a la paciente, con idénticas indicaciones que antes y que será citada en seis meses.

El 2 de julio de 2009 se inicia proceso de incapacidad temporal para el trabajo con el diagnóstico alteraciones meniscales y el 20 de ese mes la paciente acude a su médico de cabecera, quien la deriva al Servicio de Ginecología del HUC.

3. El primer informe afirma que la primera mención a un bulto en la mama izquierda se realiza el 20 de julio de 2009 ante su médico de cabecera, contradictoriamente, pues se admite la detección de nódulos desde la primera mamografía.

El 27 de julio de 2009 es valorada por el Ginecólogo, que anota en la historia clínica que, desde hace tres semanas, se nota bultos en mama izquierda.

Se realiza PAAF, cuyo resultado arroja sospechas de malignidad y en agosto, se repite biopsia con aguja gruesa, que muestra ausencia de células neoplásicas.

Sin embargo, se programa tumorectomía amplia en mama izquierda que se practica el 16 de septiembre de 2009 siendo el resultado tumor *phylloides* maligno.

Entre el 27 y 30 de octubre de 2009 permanece ingresada y se le realiza mastectomía simple, aunque entre los hallazgos de anatomía patológica de la pieza reseca se observara tejido tumoral.

Luego, recibe radioterapia entre el 9 de diciembre de 2009 y el 18 de enero de 2010, con tratamiento de reconstrucción mamaria izquierda y reducción de mama derecha entre octubre de 2010 y febrero de 2011, estando actualmente libre de enfermedad.

- Según el informe, la actuación administrativa en relación con el Programa de detección precoz del cáncer de mama ha sido correcta, ajustándose a los protocolos aprobados de acuerdo con los criterios establecidos por las sociedades científicas al respecto.

Así, se comienza diciendo que, en el citado Programa, se realizan las mamografías de control, que son interpretadas por los radiólogos adscritos al mismo. La sensibilidad de la mamografía de cribado varía del 85% al 95%, sin que ello signifique una mala atención. Por eso, la asistencia efectuada no ha sido arbitraria, sino ajustada a los referidos protocolos y criterios científicos de base.

Por otra parte, en el momento de informar a la paciente se aplicaron criterios según lo establecido en las guías europeas de calidad en el cribado y diagnóstico de cáncer de mama.

Al respecto ha de tenerse en cuenta que el tumor detectado es de un tipo de desarrollo rápido, incluso en meses, por lo que cabe la información de mamografía no sospechosa de malignidad y la presencia de nódulo cuatro meses después.

En esta línea, la atención seguida en el proceso diagnóstico y terapéutico ha sido correcta, habiendo solicitado la reclamante asistencia por tumoración en mama izquierda a comienzos de julio de 2009, comunicándolo a su médico de cabecera tal hecho, que consultas y ulteriores pruebas e intervenciones, en tiempo y forma, en el HUC hasta lograr el control de la enfermedad.

Es más, aun admitiendo la hipótesis planteada por la reclamante de la procedencia de remisión al Hospital y práctica de pruebas adicionales desde un principio, tras detectarse el nódulo, ello no garantiza que se detectase con ello el proceso tumoral, al ser todavía inexistente o arrojar un falso negativo, técnicamente posible, cual se mantiene que sucedió en biopsia de agosto de 2009.

Y, en fin, incluso admitiendo cierta demora en el diagnóstico del tumor, el tratamiento a aplicar no habría sido distinto, siendo el mismo propio del caso e inexcusable por sus efectos, consistiendo en mastectomía simple y posterior radioterapia, con reconstrucción mamaria una vez alcanzada la curación.

4. El 14 de agosto de 2012 el instructor acuerda la apertura del período probatorio, admitiendo la prueba documental propuesta por la reclamante, así como los medios propuestos por el SCS, informe elaborado también de orden documental del SIP, ya aludido, y la documentación del SIP, ya aludido, y la documentación que le

sirve de base, como copia de la historia clínica de la paciente, protocolo del Programa de diagnóstico precoz del cáncer de mama de la Dirección General de Programas Asistenciales, e informe de la Jefe de Servicio de Programas Oncológicos.

Luego, se efectúa el trámite de vista y audiencia a la interesada, presentando el 5 de octubre de 2012 alegaciones a la misma.

Por fin, el 9 de octubre de 2012 se emite PR inicial por la Secretaria General del SCS, informada por el Servicio Jurídico el 2 de noviembre de 2012, considerándola conforme a Derecho, siendo ratificada.

Consecuentemente, se resolverá vencido ampliamente el plazo resolutorio, aunque, sin perjuicio de los efectos administrativos que esta no justificada dilación deberá comportar y los económicos que, en su caso, conllevaría, ha de resolverse expresamente [arts. 42.1 y 7; 43.1 y 4.b); 141.3; y 142.1 LRJAP-PAC].

IV

1. Según se adelantó, la interesada considera, en síntesis, que se ha producido en la asistencia recibida una actuación deficiente del SCS, al no ser debidamente informada, como procedía, sobre el padecimiento de tumor que tenía, finalmente detectado, tras las mamografía realizadas el 24 de septiembre de 2008 y 13 de marzo de 2009, pese a apreciarse nódulos y comunicar dolores, siendo necesario, al no recibir tratamiento posible a tiempo, la intervención radical que debió efectuarse, con largo tiempo de recuperación, además, que generó el despido de su trabajo el 39 de noviembre de 2009.

Por una parte, pues, la interesada exige responsabilidad por los resultados dañosos de orden físico del proceso, produciéndose la pérdida de oportunidad curativa, al menos con efectos menos lesivos que los producidos, por la indebida no detección del tumor pese a seguir el Programa al efecto y haberse efectuado sendas mamografías; máxime cuando se apreciaron en ellas nódulos, sin pautarse pruebas complementarias.

Desde luego, las alegaciones de la interesada se corresponden, objetivamente, con el contenido de su historial médico. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que es esencial para la exigencia antedicha que, tratándose de medicina curativa, la Administración, actuando conforme a la *lex artis ad hoc*, cumpla en la prestación del servicio su obligación de medios, y no de resultados. Y, resulta que, vistas las actuaciones y datos disponibles, se puede producir un incumplimiento de tal deber esencial, no aportándose dichos medios propios del caso y de exigible aplicación en

fase diagnóstica, generando un error o insuficiencia de diagnóstico, subsanable con uso de las pruebas adecuadas o correcta utilización de las mismas, con efectos dañosos que pudieran evitarse o limitarse con un tratamiento adecuado en tiempo hábil al respecto.

En efecto, consta, admitiéndolo la Administración, que fueron detectados nódulos mayores a 1cm en las dos mamografías practicadas en el Programa, afirmándose, sin conocerse el motivo o constatación que, al no mostrar signos sospechosos de malignidad en aquel momento, "posiblemente" son benignos, sin ninguna seguridad al respecto se limita el Servicio a indicarle a la paciente que, ante cualquier molestia o alteración acuda a su ginecólogo o a la Unidad; cosa que, justamente, terminó por hacer la paciente al seguir teniendo molestias y ser fácilmente palpable por ella bultos en la mama izquierda, en la zona de los nódulos, acudiendo a su médico de cabecera, que, inmediatamente, remitió los resultados al ginecólogo, poco tiempo después de realizarse la segunda mamografía.

Precisamente y sin perjuicio de notarse ya claramente los bultos, en la asistencia por ginecólogo se parte, justamente, del estudio de las mamografías realizadas, con sus resultados informados y, correctamente, se efectúa citología, ecografía y PAAF, habida cuenta que existe un nódulo, no ya de 1 cm, sino de 4.5 cms.

Los resultados son de sospecha de malignidad, dadas las características de los nódulos, incluyendo el aumento del tamaño. En este sentido, cuando menos en la mamografía de marzo de 2009, analizada por el ginecólogo del HUC, aparecen imágenes sugestivas de la existencia del problema, que, justamente, explican las actuaciones del médico de cabecera y de este facultativo, ordenando las pruebas pertinentes entonces para confirmarlo, siendo el resultado el ya conocido y compatible con los datos o signos disponibles, que, sin embargo y sin justificación explícita o suficiente, no fueron valorados o los fueron incorrectamente en el Programa.

Al respecto son significativos los informes ginecológicos obrantes sobre el proceso asistencial de la interesada. Así, se indica que la paciente ha estado controlada por un Servicio Ginecológico desde marzo de 2008, teniendo desde entonces nódulos mamarios de crecimiento progresivo, con realización finalmente de PAAF sospechoso de malignidad, con presencia de cáncer en suma.

Por eso, aunque por algún motivo no especificado, cuando debiera serlo por obvias razones, incluyendo la eventual incorrección en la práctica de la prueba o de

su lectura, es negativa la biopsia posterior, se practica tumerectomía, que ya detecta sin duda alguna tumor *phylloides* bifocal en mama izquierda, con tiempo de evolución lógicamente y en estado avanzado que requiere intervención radical y radioterapia.

En este orden de cosas, también se informa que la paciente nota bultos en las mamas desde tiempo atrás, con existencia de nódulos crecientes, hasta que, sintiendo dolor y dificultad de levantar el brazo izquierdo y no habérsele detectado nada extraño en el Programa, es remitida a ginecólogo del HUC, realizándose, a la luz de estos datos y la mamografía efectuada, las pruebas referidas hasta la realización, visto el diagnóstico finalmente obtenido, de mastectomía, siendo el resultado de anatomía patológica de displasia mamaria, con linfadenitis crónica inespecífica.

En este sentido, ha de convenirse la corrección de la asistencia desde la atención en el HUC, incluyendo pruebas y tratamiento del cáncer, según informes fundados y razonables al respecto, requiriéndose también radioterapia, siendo por lo demás satisfactorio el resultado.

2. En cuanto al efecto relativo a la pérdida del puesto de trabajo a causa de la enfermedad y su tratamiento, la Propuesta de Resolución considera acreditada su improcedencia, no sólo en cuanto que aquél era inevitable, siéndolo también el período necesario para curar la enfermedad, grave y característica padecida, sino porque, demostradamente, desde que fue asistida por el médico de cabecera la paciente estaba en declarada situación de incapacidad temporal con el diagnóstico de "alteraciones meniscales", cuestión ajena al objeto de la reclamación.

Argumento que se entiende correcto por este Organismo siendo su consecuencia la ausencia de responsabilidad por este motivo concreto.

V

Según la Propuesta de Resolución, tras la instrucción efectuada no hay dato, particularmente producido por el material probatorio, en el expediente que funde una infracción de la *lex artis* en el proceso sanitario. Pero este entendimiento no puede compartirse a la luz de lo expuesto.

Así, de la información emitida se infiere que, dadas las circunstancias del caso y el estado de la paciente, no se le realizaron a la paciente las pruebas apropiadas y exigibles, antes de ser atendida en el HUC y, en concreto, en el Programa y por la Unidad correspondiente que, desde luego y por su actuación, difícilmente puede

decirse que se acerque a cumplir el objetivo para el que fue establecido, sin usar debidamente y en un caso propio los medios disponibles.

En efecto, no se procedió adecuadamente según el propio protocolo diseñado, sin efectuarse pruebas complementarias, ni ser remitida enseguida al HUC pese a las molestias consignadas por la paciente, el tamaño de los nódulos, en progresivo crecimiento, y las imágenes de las propias mamografías efectuadas, en especial la de marzo de 2009. Al respecto es de apreciar el diferente y pertinente proceder de los facultativos del HUC, incluso a la vista de esta mamografía y los síntomas de la paciente, actuando rápida y debidamente al respecto, pero sin poder evitar la tardía detección del cáncer padecido y que fuese intervenido más de un año después de detectarse nódulos.

En este orden de cosas, tampoco es asumible que no fuese la Unidad la que, advertido el problema como podía y procedía, la que remitiese a la paciente al HUC, sino que tuviese que ser ella misma la que, ante esta actitud, decidiera acudir a su médico de cabecera, que, sin ser especialista, entendió pertinente, poco tiempo después de realizarse la segunda mamografía, remitir urgentemente a la paciente al Centro hospitalario, habiendo crecido el nódulo sin control desde 1 cm hasta 4.5 en poco más de seis meses.

Cabe añadir que, en este contexto, no sólo no hay cumplimiento del deber de aportar los medios adecuados al caso, exigibles y disponibles, sino que también se entiende vulnerada *la lex artis ad hoc* en cuanto que es razonable presumir, particularmente tras realizarse la segunda mamografía, que existe error en la apreciación del estado de la paciente y, por ende, se efectúa un diagnóstico equivocado. Así, puede considerarse que el nódulo detectado en septiembre de 2008, tras acudir la paciente al Programa era creciente y, síntoma, junto a los restantes nódulos, de posible cáncer que, en definitiva, existía y evolucionó, sin ser controlado siquiera mediante otras pruebas, hasta ser detectado casi un año después, cuando pudo serlo mucho antes, con las consecuencias que ello comportó.

Por tanto, existe relación de causalidad entre el incorrecto funcionamiento del servicio y el daño sufrido por la interesada, que ésta sin duda no tiene el deber de soportar, que ha de valorarse en función del sufrimiento ocasionado por la demora en detectar su enfermedad y la determinación del efecto físico producido por el retraso en el tratamiento, con pérdida de la mama izquierda y diversas sesiones de

radioterapia, en el sentido de poderse evitar, en todo o en parte, de haberse actuado cuando se debió, meses antes de la intervención.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, procediendo estimar la reclamación formulada, salvo en lo referente al despido alegado, con indemnización a la interesada con arreglo a valoración determinada según criterio expuesto en el Fundamento V, in fine, sin perjuicio de la actualización de la cantidad resultante al momento de resolver.