



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de octubre de 2013.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización, formulada por D.T.D., en nombre y representación de A.M.N.F., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 355/2013 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad el 12 de julio de 2013 (Registro de entrada de fecha 13 de septiembre de 2013) es una Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias y la preceptividad del Dictamen según los artículos 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación este último precepto con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP) aprobado por el 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 A.M.N.F., que en este caso actúa por medio de la

* **PONENTE:** Sr. Lorenzo Tejera.

representación acreditada de D.T.D., al pretender el resarcimiento de un daño que ha sufrido en su persona como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

Se cumple, por otra parte, el requisito de la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

2. Asimismo, se presentó la reclamación dentro del plazo para reclamar establecido en los arts. 142.5 LPAC y 4.2 RPRP, pues la interesada interpuso aquel escrito el 27 de julio de 2010, si bien, con anterioridad, había presentado dos escritos de reclamación ante la Oficina de Derechos de los Usuarios Sanitarios, en relación con un proceso asistencial que persiste en el momento de la reclamación.

3. 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 artículo 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los artículos 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, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 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

1. El objeto de la reclamación que nos ocupa viene dado, según transcripción literal del escrito de reclamación, por los siguientes hechos:

“PRIMERO: Mi mandante pertenece al programa de diagnóstico precoz de cáncer de mama. El 23 de enero de 2009 se le realiza una mamografía sin que se le informara en el tiempo razonable del resultado de la misma. Al parecer, el servicio de radiología tiene la orden de citar las pruebas de carácter preferente derivadas del programa de detección precoz en aproximadamente 15 días y en ningún caso demorar las citas de estas pacientes más allá de un mes. A mi mandante le hicieron caso omiso a pesar de haber llamado reiteradamente al teléfono de información del Gobierno de Canarias, y finalmente fue llamada en mayo para realizarle una biopsia

de mama en junio de 2009. El 20 de julio de 2009 fue intervenida de una tumorectomía más lifadenectomía de axilar izquierdo, con un diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante de mama izquierda y con metástasis en 13 ganglios. El 3 de agosto de 2009 se le cita a consulta de Oncología y se le comunica el peor de los diagnósticos y tratamiento, pues la metástasis había avanzado hasta el punto de que tres de los ganglios afectados tenían más de un centímetro, prácticamente eran tumores. Se le comunica asimismo y que tenía muy pocas esperanzas de vida (literalmente las palabras fueron «hemos llegado tarde») e inicia el 20 de agosto de 2009 la primera sesión de quimioterapia y dicho protocolo continuará hasta enero de 2011. Mi mandante ha presentado dos reclamaciones en la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios de la Consejería de Sanidad.

SEGUNDO: Es obvio que existe relación de causalidad entre el fatal diagnóstico, carcinoma de mama con metástasis de trece ganglios, y el funcionamiento del servicio, pues este retraso en el diagnóstico, dilación injustificada en el sometimiento a una biopsia y tardanza en el sometimiento al tratamiento de quimioterapia, supone una aminoración considerable en la expectativa de vida o de curación de mi mandante y, si sobrevive, será una enferma crónica de por vida, además de provocar la necesidad de un tratamiento más agresivo”.

Se solicita indemnización de 274.729,19 euros por los daños sufridos como consecuencia del referido proceso asistencial.

IV

1. 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 de la Ley 30/92).

2. Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 5 de noviembre de 2010 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación y la proposición de pruebas, en su caso. Tras recibir notificación de ello la interesada el 10 de noviembre de 2010, vendrá a aportar lo solicitado el 18 de noviembre de 2010.

- Por Resolución de 3 de diciembre de 2010 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de la interesada, lo que se le notifica el 16 de diciembre de 2010.

- Por escrito de 3 de diciembre de 2010 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, que lo emite el 8 de noviembre de 2012, tras haber recabado la documentación necesaria: historia clínica obrante en el Hospital General de Fuerteventura, informe de la Jefa de Servicio de Admisión del citado hospital, informe de la Coordinadora del Programa de Diagnóstico Precoz de Cáncer de Mama e informe de la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías.

En el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones se concluye la existencia de responsabilidad patrimonial y se valora el daño producido en 44.583,53 euros, cantidad en la que se propone indemnizar a la reclamante.

- El 14 de mayo de 2013 se dicta propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud sobre acuerdo indemnizatorio, lo que se notifica a la interesada el 20 de mayo de 2013.

- El 10 de junio de 2013 la reclamante acepta la indemnización propuesta.

- El 8 de julio de 2013 se emite informe por el Servicio Jurídico favorable a los términos del acuerdo de terminación convencional del procedimiento, por lo que se entiende elevada la propuesta inicial a definitiva, si bien no consta la misma, solicitándose al efecto Dictamen de este Consejo Consultivo el 12 de julio de 2013.

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio señala, tras transcribir el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, que en el presente caso ha quedado acreditado que *“no se cumplieron los tiempos recomendados para el diagnóstico de lesiones altamente sospechosas en mamografía, constituyendo el daño indemnizable la pérdida de oportunidad concretado en la posibilidad de una terapia menos agresiva y las expectativas de curación”*.

A ello se añade la valoración del daño contenida en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, que fue aceptada por la parte reclamante.

2. Entendemos, a la luz de la información obrante en el expediente, que la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio es conforme a Derecho, al concurrir los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En este sentido, del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones se infiere que, si bien la paciente comunicó que tenía un hundimiento del tejido mamario con dolor en mama izquierda de varios meses de evolución (presentaba un nódulo en mama izquierda con retracción de la piel antes del proceso asistencial por el que se reclama), sin embargo, no consta en la Historia Clínica de Atención Primaria que comunicase este hecho con anterioridad, ni alude a él la interesada en su escrito de reclamación. El diagnóstico de sospecha se realiza mediante el Programa de Diagnóstico Precoz del Cáncer de Mama, realizándose mamografía bilateral el 23 de enero de 2009, donde se objetiva, en mama izquierda, imagen compatible con BIRADS V, es decir, de alta sospecha de malignidad precisándose de biopsia para confirmación diagnóstica.

Pues bien, hasta este momento, la actuación de los servicios sanitarios ha sido la adecuada, no habiéndose puesto en duda por la reclamante.

Sin embargo, partiendo de un diagnóstico radiológico, la prueba confirmatoria fue solicitada el 10 de febrero de 2009, conociéndose en ese momento por el servicio sanitario la posibilidad (>95%) de la existencia de un cáncer de mama, mas, la biopsia no se realizó hasta el 9 de junio de 2009.

Ciertamente y, como señala el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, una vez formulada la sospecha radiológica, el periodo que se considera prudente para la realización de la biopsia confirmatoria es dentro del mes de la solicitud, existiendo un acuerdo en el Hospital que nos ocupa de que en los casos de solicitud con carácter preferente se realizará la prueba en el margen de 15 días, habiéndose solicitado con tal carácter en este supuesto.

Dado que la prueba de Eco+Biopsia preferente para confirmación diagnóstica fue solicitada al Hospital en fecha 10 de febrero de 2009 y fue realizada en fecha 9 de junio de 2009, estamos ante un funcionamiento anormal del Servicio.

Ha de añadirse que, si bien consta en el expediente que la paciente fue llamada para concertar cita para la realización de la prueba aludida el 11 de febrero de 2009, también se ha constatado a través de la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías, que sólo se realizó una llamada a la paciente, a uno de los dos teléfonos facilitados para contactar con ella, dejando en tal ocasión un mensaje en el contestador, que, dados los hechos que nos ocupan, no fue escuchado por la interesada, a la que ya no se llamó más hasta el mes de mayo.

No puede entenderse cumplimentada por la Administración su obligación de citar a la interesada por la realización de una sola llamada a la paciente, tanto por no haber logrado hablar con ella, como por no haber intentado llamar al otro número disponible, y, desde luego, por no haberlo intentado de nuevo hasta mayo, lo que es más grave en el caso de una paciente con alta sospecha de cáncer de mama que además pertenece a un programa de diagnóstico precoz de tal enfermedad.

Y es que en el cáncer de mama, como refiere el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, el diagnóstico precoz es fundamental para la curación o aumento de las expectativas de vida de la paciente. Así, como ya recogimos en nuestro Dictamen 65/2013, en un caso similar al que ahora tratamos, *“En 1999, Richards publicó en revistas científicas una revisión sistemática de 87 trabajos que evaluaban 102.000 pacientes y concluyó que los pacientes con un retraso total de entre 3-6 meses en el diagnóstico de un cáncer de mama puede tener un impacto en la supervivencia de las pacientes que se traduce en producir una disminución del 12% en la supervivencia de las pacientes como consecuencia de la progresión de la enfermedad en este periodo de tiempo (Influence of delay on survival in patients with breast cancer a systematic review Richards MA, Westcombe AM, Love SB, Littlejohns O, Ramirez AJ Lancet 1999, Apr 3, 353 (9159) 1119-26)”*.

“Es pues, una evidencia científica la incidencia que tiene el retraso, a partir de los tres meses, en el diagnóstico en el cáncer de mama en la evolución y pronóstico de la enfermedad”.

Ahora bien, como se señala en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, *“En el momento del screening la usuaria presentaba un nódulo espiculado con engrosamiento y retracción de la piel; en palabras de la Coordinadora del Programa de Diagnóstico Precoz de Cáncer de Mama «un tumor avanzado y palpable»*.

En el momento del diagnóstico histopatológico: Carcinoma ductal infiltrante de 2,9 por 2 cms. Grado histológico Bloom-Richardson I (2+2+1). Patrón de carcinoma in situ 20% con necrosis tipo conchudo. No se objetiva calcificaciones, piel a 0,5 cm, se observa invasión vascular no invasión perineural (...) No restos tumorales en ampliación de biopsia. 16 nodulaciones, con 13 invadidas, una en la proximidad de la tumorectomía. En tres casos la metástasis ganglionar es mayor de un cm y se extiende frecuentemente por la grasa interganglionar.

Carcinoma ductal infiltrante gl T2N3MO”.

A ello añade, pues, aquel informe: *“La estadificación en la fase de diagnóstico inicial tiene un papel clave a la hora de decidir el tipo de tratamiento a realizar y de establecer el pronóstico. En este caso, el pronóstico de la paciente viene determinado, sobre todo, por la afectación de los ganglios axilares, que como informa la Unidad “indica extensión del tumor fuera de la mama”. “El número de los ganglios afectos también influye, con más de 3 ganglios positivos hay más posibilidad de desarrollar metástasis a distancia. En el presente caso, 13 ganglios de 16 fueron positivos. Se sabe, que incluso tumores de un diámetro inferior a 1 cm, tienen afectación ganglionar en un 22%. Si el cáncer se diagnostica en un estadio localizado, sin afectación ganglionar, la supervivencia a los cinco años alcanza un 87%; sin embargo, si existe afectación ganglionar; sólo alcanza el 47%.*

Por tanto conocemos que el tumor estaba presente y palpable con anterioridad a la inclusión de la usuaria en el programa de screening, lo que desconocemos es si en ese momento había afectación ganglionar y la evolución del proceso en el periodo de 4 meses, que no se corresponde con los tiempos previstos para lesiones sospechosas de malignidad”.

De todo lo expuesto se colige, por una parte, que el tiempo transcurrido para la realización de la prueba de confirmación diagnóstica fue excesivo, y, por otra parte, la trascendencia de la detección precoz del cáncer de mama en relación con su pronóstico. Sin embargo, no podemos conocer en el caso concreto de la reclamante, que ya tenía un nódulo palpable y doloroso con retracción de la piel, qué probabilidad de empeoramiento produjo el retraso en el diagnóstico y cómo afectaron aquellos cuatro meses en la evolución de la enfermedad.

Se trata de cursos causales que no pueden conocerse, y, por ende, ya nunca podrá afirmarse cómo hubiera evolucionado si se hubiera diagnosticado y tratado cuatro meses antes. Es esta incertidumbre, unida a la certeza estadística acerca de la progresión de la enfermedad en el tiempo en el que no fue diagnosticada y, por lo tanto, tratada, la que genera en el caso que nos ocupa responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que conlleva la necesidad de resarcir a la reclamante por ello.

Si bien resulta difícil la valoración económica del daño sufrido por la reclamante, más allá del daño moral consistente en la angustia por el tiempo de espera, aun sabiendo la interesada que tenía un tumor palpable y doloroso, sí es cierto que ha de valorarse en la indemnización la posibilidad de que, de haberse diagnosticado antes,

no hubiera evolucionado tan desfavorablemente el cáncer, esto es, la *“pérdida de la oportunidad de recibir tratamiento antes y conseguir mejor evolución de la enfermedad”*.

Así pues, se ha valorado por el Servicio de Inspección y Prestaciones, lo que ha sido aceptado por la interesada, atendiendo a un ponderado criterio: *“En el presente caso podríamos identificar la pérdida de oportunidad con un daño moral, concretado en si era posible una terapia menos agresiva y si se ha empeorado las expectativas que tenía la usuaria debido al periodo de retraso que se discute.*

Se propone en el cálculo de dicha cuantía tener en cuenta que si el cáncer se diagnostica en un estadio localizado, sin afectación ganglionar, la supervivencia a los cinco años alcanza un 87%; sin embargo, si existe afectación ganglionar, sólo alcanza el 47%. Una cuantía posible sería aplicar el 40% a la correspondiente a una expectativa del 0% de supervivencia. Se propone, en su caso, 44.583, 53 euros”.

Cabe concluir, de todo lo señalado en este Dictamen, que la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio es conforme a Derecho por concurrir responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con el diagnóstico de la enfermedad, que se produjo tardíamente por no haber puesto la Administración a disposición de la reclamante todos los medios necesarios para el correcto diagnóstico (biopsia). Por ello, ha de indemnizarse a la reclamante según la valoración realizada por el Servicio de Inspección y Prestaciones, que ha sido aceptada mediante acuerdo indemnizatorio por la interesada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio es conforme a Derecho.