



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 8 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 7 de febrero de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 498/2017 IDS)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Acuerdo indemnizatorio de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un Organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. La interesada en este procedimiento solicita una indemnización que supera la cantidad de 6.000 euros. Esta última cuantía determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Esta Ley es aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última Ley.

---

\* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

Resulta igualmente aplicable el 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, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la citada LPACAP.

## II

1. (...) formula el 18 de enero de 2016 reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud en la asistencia sanitaria que le fue prestada.

La reclamante expone, entre otros extremos, lo siguiente:

- En octubre de 2006 fue diagnosticada en el Hospital Universitario Insular de Gran Canaria (HUIGC), de carcinoma ductal infiltrante de mama izquierda -RE y RP negativos- con adenopatías axilares metastásicas, T3N1M0. Tras recibir tratamiento de poliquimioterapia, hasta marzo de 2007, se practicó el 12 de abril de 2007 tumorectomía + vaciamiento axilar izquierdo. Continuó con radioterapia hasta agosto de 2007.

Con posterioridad a este tratamiento conservador, presentó en el año 2010 recidiva local sobre área de cicatriz -piel infiltrada por adenocarcinoma moderadamente diferenciado de 3 cm de eje mayor- practicándose el 11 de marzo del mismo año mastectomía simple y continuando tratamiento de quimioterapia. El 5 de noviembre de 2012 se realizó reconstrucción de mama izquierda y el 8 de julio de 2013 extracción de expansor y colocación de prótesis definitiva.

- Las revisiones se realizaban periódicamente y hasta las pruebas realizadas el 13 de diciembre de 2013, que comprendieron mamografía, ecografía abdomino-pélvica y radiografía de tórax, los resultados eran normales y se encontraba en un aceptable estado de salud.

- Desde enero de 2014 y durante todo ese año realizó doce consultas a su médico y seis a Urgencias, tanto del Centro de Salud como del Hospital, por problemas respiratorios. Presentó disminución del murmullo vesicular, roncus, sibilancia, tos, pitos, estrías sanguinolentas, flema blanquecina, sin respuesta al tratamiento con b2 y corticoides, antihistamínicos.

- Es conocido que el cáncer de mama puede originar metástasis en el pulmón; sin embargo, a pesar de sus antecedentes y que desde el año 2003 se había descartado

sensibilización a neumoalérgenos, con los síntomas que presentaba durante el año 2014 y sin respuesta al tratamiento, se mantuvo el diagnóstico de asma alérgico sin solicitarse prueba radiológica ni derivarla a Oncología. No fue sospechada ni descartada, ni por su médico del Centro de Salud ni por el Servicio de Urgencias, la posibilidad de que pudiera tener metástasis pulmonares. Por el contrario, la derivan nuevamente a alergología, que descarta por segunda vez alergia frente a neumoalérgenos y se le solicita prueba de Mantoux que fue negativa.

- Tras su insistencia tanto a su médico como a los Servicios de Urgencias, se le indica la realización de radiografía de tórax, la cual es efectuada el 13 de enero de 2015 y considerada normal a pesar de ser patológica, ya que en la misma se observaba un aumento de densidad a nivel de hilio pulmonar derecho y una disminución del volumen del lóbulo superior del pulmón derecho con signos como elevación del hemidiafragma derecho, movilización de la cisura menor y disminución de los espacios intercostales. Estos hallazgos, que como se vería posteriormente, se correspondían con una amputación de los bronquios de los lóbulos superior y medio del pulmón derecho debido a la presencia de masa mediastínica, obligaban a repetir estudios tras tratamiento y si se mantenía la imagen, a la realización de un TAC.

- Debido a que su estado respiratorio empeoraba, con mucha dificultad para respirar y aumento de la tos, acudió el 30 de enero de 2015 a solicitar los resultados del último análisis (extracción del 16 de enero), entregándolos a su médico, encontrándose los marcadores tumorales elevados de forma muy llamativa. A ello se une que las últimas pruebas radiológicas realizadas, hasta ese momento, a solicitud de Oncología, correspondían al 13 de diciembre de 2013, pues la siguiente, dentro del control anual indicado por este Servicio, se había fijado para el 11 de diciembre de 2014, fue cancelada, sin ser reprogramada.

- Ante su gran inquietud, acudió a la consulta de Oncología para comunicar el resultado de los marcadores tumorales y fue citada para el 2 de febrero de 2015, realizándosele ese mismo mes de febrero TAC toraco-abdominal, ecografía de abdomen y biopsia, mamografía y fibroscopia. Como resultado de estas pruebas se diagnostica: masa hepática y adenopatía hiliar compatibles con metástasis. Masa mediastínica y atelectasia de LM y LSD. Probables adenopatías tumorales. Metástasis óseas.

- Desde febrero de 2015 hasta la actualidad se encuentra en tratamiento con quimioterapia, consiguiendo una estabilidad radiológica desde agosto del mismo año (no progreso de las lesiones pero sí persistencia). En el último TAC de control de 4 de enero de 2016 se describen hallazgos sin cambios respecto a estudio previo en relación con el pulmón, sin lesiones de nueva aparición, no adenopatías mediastínicas de tamaño significativo, se mantienen los focos de hiperdensidad en arcos costales, no cambios en el hígado y glándula suprarrenal.

La reclamante sostiene que si desde Atención Primaria, con la constancia desde 2003 de negatividad a la sensibilización de neumoaérgenos y ante la persistencia de síntomas respiratorios obstructivos que empeoraban y no respondían al tratamiento, se hubiese sospechado de la posibilidad de metástasis pulmonar y se le hubiesen indicado las pruebas radiológicas oportunas, se hubiese permitido un diagnóstico inicial de presencia de metástasis y no llegar al diagnóstico hasta febrero de 2015, con el consiguiente tratamiento agresivo que ha estado recibiendo y el riesgo para su vida.

Considera que ha existido un gran daño moral motivado, no sólo por la incertidumbre sobre su estado de salud, sino también por la pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento temprano que parara la evolución de la enfermedad y menos agresivo, valorando, en 30.000 euros la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

2. En el presente procedimiento la reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo, al alegar daños padecidos como consecuencia de la actuación sanitaria, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

Se cumple por otra parte 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.

3. La reclamación ha sido presentada antes del transcurso del plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 LRJAP-PAC, teniendo en cuenta que en el momento de presentación de la misma no consta determinado el alcance de las secuelas. No resulta por ello extemporánea.

4. 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.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un dictamen de fondo, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. La demora producida no impide sin embargo que se dicte resolución, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.3.b) LRJAP-PAC.

En particular, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, tras su subsanación, mediante Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud de 3 de marzo de 2016. En este mismo acto se resuelve comunicar a la interesada que en la misma fecha se solicita, a través del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) del Servicio Canario de la Salud, el informe preceptivo del Servicio cuyo funcionamiento haya causado la presunta lesión indemnizable, con suspensión del plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución por el tiempo que media entre la solicitud del informe preceptivo y la recepción del mismo y, en todo caso, por un plazo máximo de tres meses.

El SIP emite informe con fecha 6 de noviembre de 2017 y a él se acompaña copia de la historia clínica de la reclamante obrante en el HUIGC y en Atención Primaria, así como los informes de los Servicios de Urgencias y de Oncología Médica del citado Centro Hospitalario, del Servicio de Radiodiagnóstico del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil y del correspondiente Centro de Atención Primaria. En este informe el SIP estima que la asistencia sanitaria prestada a la reclamante no fue correcta, proponiendo una indemnización por importe de 30.000 euros.

Con fecha 15 de noviembre de 2017 se propone por el órgano instructor la terminación convencional del procedimiento, al considerar que la asistencia sanitaria prestada a la reclamante no fue conforme a la *lex artis*, estimando una indemnización en la cantidad de 30.000 euros.

Esta Propuesta fue notificada a la interesada, que muestra su conformidad en escrito presentado el 24 de noviembre de 2017.

El procedimiento viene concluido con la Propuesta de Acuerdo indemnizatorio, que ha sido informada por la Asesoría Jurídica Departamental, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero, estimándola conforme a Derecho.

### III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, constan en el expediente los siguientes antecedentes, tal como han sido puestos de manifiesto por el SIP en su informe con base en los datos obrantes en la historia clínica de la paciente:

- La paciente fue diagnosticada en noviembre de 2006 de carcinoma ductal infiltrante localmente avanzado de mama izquierda, triple negativo. Fue tratada con quimioterapia neoadyuvante, se le practicó tumorectomía y recibió radioterapia hasta agosto de 2007. Siguió controles habituales en el Servicio de Oncología Médica según protocolos de cáncer de mama del HUIGC. En marzo de 2010 presentó recidiva local en piel sobre cicatriz y se trata con mastectomía radical y quimioterapia adyuvante. El resultado anatomopatológico fue de adenocarcinoma de mama triple negativo. Siguió controles habituales en el servicio de Oncología Médica según protocolos de cáncer de mama del CHUIMI.

- Consta en la historia de salud de la paciente a nivel del Centro de Salud que durante el año 2014 acudió y fue atendida en 13 ocasiones por problemas respiratorios, ya que desde abril de 2014 presentó manifestaciones clínicas inespecíficas consistentes en, tos, dificultad respiratoria y disnea con escasa respuesta al tratamiento. Por parte del equipo de Atención Primaria se orientó el diagnóstico hacía una bronquitis asmática. No consta solicitud de pruebas complementarias a nivel del Centro de Salud en el año 2014 (radiografía simple de tórax, análisis de sangre con marcadores tumorales), tampoco consta derivación o solicitud de interconsulta al Servicio de Oncología Médica para valoración y estudio.

- En fecha 26 de noviembre de 2014 la paciente fue derivada desde Atención Primaria al Servicio de Urgencias de HUIGC. En dicho Servicio, entre otras exploraciones, se realiza estudio de radiología simple de tórax.

El informe de resultados correspondiente a dicho estudio (informe emitido en octubre de 2017 a solicitud del SIP) permite objetivar y constatar los siguientes hallazgos: Pérdida de volumen del LSD y colapso del LM condicionado borramiento

del borde cardiaco derecho y ascenso del hemidiafragma, observándose aumento de tamaño y morfología convexa del hilio derecho así como ensanchamiento del espacio mediastino paratraqueal derecho probablemente por componente adenopático versus masa de origen neoplásico como posibilidades diagnósticas iniciales a valorar la realización de TC de tórax para una correcta caracterización de estos hallazgos

Indica el SIP que estos hallazgos patológicos, objetivados en la citada radiografía simple de tórax, no se tuvieron en aquel momento en cuenta para, en concurrencia con la clínica y los factores de riesgo de la paciente, realizar otras exploraciones adicionales encaminadas al diagnóstico precoz de una posible complicación o recidiva de su cáncer de mama.

- La paciente tenía programadas para el 11 de diciembre de 2014 la realización de ecografía abdomino-pélvica y radiografía de tórax que fueron canceladas sin ser reprogramadas.

- El 13 de enero de 2015 por el facultativo del Centro de Salud se solicita con carácter urgente radiografía simple de tórax.

- La paciente, por iniciativa propia y a la vista del empeoramiento de su estado respiratorio, decidió acudir el 30 de enero de 2015 al HUIGC para solicitar los resultados del último análisis de sangre (extracción el 16 de enero de 2015). Acudió a Urgencias del Centro de Salud y se los entregó a su médico. En la historia de salud del Atención Primaria consta como diagnóstico asma alérgica con rinitis y pendiente de valorar por Oncología.

- Ante la elevación de los marcadores tumorales en la analítica, la paciente decide acudir a Oncología y es citada en consulta el día 2 de febrero de 2015. Desde el 2 de febrero de 2015 se completó estudio de extensión y se diagnosticó que se trataba de una recidiva metastásica de un cáncer de mama. Se inició tratamiento el 15 de abril de 2015, consiguiendo la estabilidad de la enfermedad en enero de 2016.

- Según las notas evolutivas del Servicio de Oncología Médica, la TC realizada el 16 de julio de 2017 informa de: Enfermedad estable (discreto crecimiento de las lesiones metastásicas sin cumplir criterios de progresión). La TC de fecha 11 de octubre de 2017 constata progresión de la enfermedad.

2. Sostiene la Propuesta de Acuerdo que en el presente caso la asistencia sanitaria prestada a la paciente no fue ajustada a la *lex artis*, entendiéndose que se

trata de un daño indemnizable que no tiene el deber de soportar, lo que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La vulneración de la *lex artis*, como parámetro que determina la corrección de la asistencia sanitaria, se encuentra acreditada en el expediente a través del informe del SIP, que concluye que hubo una mala praxis en la atención prestada a la paciente. La fundamentación vertida en este informe permite efectivamente sostener que no se pusieron a disposición de la paciente los medios diagnósticos que eran necesarios, tanto teniendo en cuenta los síntomas que presentaba como sus antecedentes clínicos.

Ante todo, debe terse presente que el funcionamiento del servicio público de la sanidad se dirige a proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, aunque sin garantizar sus resultados, porque la Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana. De esta forma, la obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste por tanto en el cumplimiento de una obligación de medios y no de resultados. En consecuencia, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados insatisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo.

De ahí que el criterio fundamental para establecer si los daños que se alegan han sido causados por la asistencia sanitaria pública y, por ende, son indemnizables estriba en si ésta se ha prestado conforme a la *lex artis ad hoc*, la cual se define como la actuación a la que deben ajustarse los profesionales de la Salud, mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance. De esta forma, solo si el daño se ha producido por una mala praxis profesional, entonces es antijurídico y se considera causado por el funcionamiento del servicio público de salud y en consecuencia surge para éste la obligación de repararlo.

El citado informe del SIP alcanza, entre otras, las siguientes conclusiones, que evidencian la referida inadecuación a la *lex artis* en la asistencia que recibió la paciente:

«SEGUNDA.- La paciente presentó un tumor de mama triple negativo en 2006 y recidiva local en piel sobre cicatriz en 2010, también triple negativo. En 2015 presentó recidiva metastásica de un cáncer de mama estadio IV que es her2 positivo.

Las pacientes con diagnóstico de tumores de mama triple negativos y her2 positivos son consideradas en algunos protocolos de actuación, como pacientes de alto riesgo. Son pacientes con un mayor riesgo de recaída que podrían beneficiarse de un seguimiento más intensivo, encaminado a la detección precoz de recurrencias locorregionales y a distancia, así como para valorar los efectos secundarios de los tratamientos aplicados. En el seguimiento y control de estas pacientes, entre otras posibles pruebas, la radiografía de tórax se debe realizar cuando existe sospecha clínica asociada.

El pulmón es una localización frecuente de diseminación metastásica del cáncer de mama. La detección precoz de las metástasis pulmonares es determinante para establecer un tratamiento efectivo y mejorar de forma significativa el pronóstico de la paciente. Clínicamente las manifestaciones asociadas a las metástasis intrabronquiales son inespecíficas y, entre otros síntomas, destacan la tos, hemoptisis o disnea.

TERCERA.- La gestión clínica del proceso de la paciente tanto a nivel del equipo de atención primaria del centro de salud (...), como del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria, fue incorrecta e inadecuada y, se considera acreditada la existencia de una relación causal directa entre el daño alegado por la paciente y el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos en base a los hechos que a continuación se exponen:

La paciente, al menos desde el 7 de abril de 2014 y hasta el 13.01.2015, presentaba manifestaciones clínicas inespecíficas consistentes en, tos, dificultad respiratoria y disnea, con escasa/nula respuesta al tratamiento. Por el equipo de Atención Primaria que la atendió, en ningún momento se solicitó estudio radiográfico de tórax, ni se asociaron dichas manifestaciones a posibles metástasis intrabronquiales del cáncer de mama triple negativo que la aquejaba, ni fue derivada a Oncología.

(...)

No se tuvieron en cuenta los hallazgos patológicos objetivados tanto en la radiografía simple de tórax realizada en fecha 26-11-2014 como en la realizada en fecha 13.01.2015 para, en concurrencia con la clínica y los factores de riesgo de la paciente, realizar otras exploraciones adicionales encaminadas al diagnóstico precoz de una posible complicación o recidiva de su cáncer de mama.

Queda por tanto acreditado que la omisión de pruebas (análisis de marcadores tumorales y radiografía de tórax entre el 07/04/2014 y el 26/11/2014) y la no interpretación correcta de las pruebas de imagen practicadas a la paciente (26-11-2014 y 13-01-2015), la han privado de la oportunidad de recibir una correcta asistencia médica que hubiera supuesto un beneficio para la paciente y evitado el daño. La privación de expectativas es más censurable, en el presente caso, si se tiene en cuenta, la entidad del diagnóstico (cáncer de mama triple negativo) y, los hallazgos radiológicos objetivables en las dos radiografías practicadas.

Se concluye de todo lo expuesto que hubo “mala praxis” (...)».

En definitiva, la paciente, por sus antecedentes de cáncer de mama triple negativo, presentaba un alto riesgo de recaída, siendo además el pulmón una localización frecuente de diseminación metastásica del cáncer de mama. Sin embargo, a pesar de sus síntomas, no se solicitó estudio radiográfico de tórax, ni se asociaron a posibles metástasis intrabronquiales, ni fue derivada a Oncología. Estos síntomas además se prolongaron durante meses, sin que los tratamientos pautados para la inicialmente diagnosticada bronquitis asmática surtieran efecto alguno y a pesar de ello no se planteó otra opción diagnóstica mediante las oportunas pruebas. Finalmente, las radiografías que se le hicieron, en dos ocasiones, no fueron correctamente interpretadas. Todo ello ha supuesto para la paciente la pérdida de oportunidad de haber recibido el tratamiento adecuado de forma más temprana, con la posibilidad, si bien no la certeza, de mejorar su pronóstico.

Procede por todo ello convenir, en el mismo sentido que la Propuesta de Acuerdo, que concurren los requisitos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

3. Por lo que se refiere al daño causado, es en este caso de naturaleza moral porque consiste en la incertidumbre acerca de la posibilidad de haber obtenido mejores resultados si se hubiera diagnosticado la metástasis y por ende pautado el tratamiento adecuado desde que se aparecieron sus síntomas, que obligaban a realizar las pruebas médicas oportunas. Por ello se estima adecuada la cantidad de 30.000 euros propuesta.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Acuerdo indemnizatorio se considera conforme a Derecho.