



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 4 7 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 28 de mayo 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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 208/2018 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS). La solicitud de dictamen, de 23 de abril de 2018, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 24 de abril de 2018. 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, el primer precepto, con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), al haber sufrido en su persona el daño por el que reclama [art. 4.1.a) LPACAP], si bien en este procedimiento actúa mediante la representación, debidamente acreditada, de (...) (art. 5.3 LPACAP).

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

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. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del SCS, 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.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, al haberse presentado dentro del plazo de un año para reclamar establecido en el art. 67.1 LPACAP, pues la interesada interpuso aquel escrito el 9 de febrero de 2017, respecto de un daño generado, según se alega, tras prueba realizada el 11 de febrero de 2016.

III

La interesada, en su escrito de reclamación, expone como hechos en los que funda la presente reclamación:

«(...)», acude al Programa de Diagnóstico Precoz de Cáncer de Mama el día 9 de diciembre de 2015 para realizarse pruebas consistentes en mamografías (...).

Posteriormente, al notarse bulto en la mama izquierda, acude al médico y procede a realizarse el 28 de enero de 2016, mamografía unilateral, ecografía axila estadificación, ecografía de mama, bag (biopsia con aguja gruesa) ecografía, apreciándose nódulo sólido de márgenes irregulares de 18 x 15 x 9 mm retroareolar izquierdo y se deriva para estudio histológico.

A continuación, (...) acude el 11 de febrero de 2016 a realizarse una resonancia magnética de mama en la Unidad de Diagnóstico del HUNSC.

(...)

Dentro del protocolo a seguir para la práctica de dicha prueba, se encuentra la colocación de soportes en los laterales del paciente, lo cual no se realizó en el caso de (...), dando lugar a que se produjera el aplastamiento de su cuerpo por la máquina en cuestión. Los

desgarradores gritos de la paciente reclamando que parasen la máquina porque no podía respirar, que provocó que se orinase por la presión sufrida, el dolor era de tal envergadura que los gritos desgarradores fueron escuchados por las personas que se encontraban en la sala de espera.

Ante esta situación, y tras detener la máquina, el técnico sanitario contactó con la doctora de urgencias correspondiente por turno, la cual ordenó que se realizase una radiografía en ese mismo instante a (...) (...) se realiza radiografía de Tórax, P-A y Lateral.

Realizada la radiografía, la doctora le indicó que se podía marchar a su domicilio y que tomase ibuprofeno vía oral si sentía dolor, así como que lo ocurrido era normal debido a que hay personas a las que el volumen de su cuerpo no les permite entrar bien en la máquina. Este comentario totalmente desacertado por parte de la doctora, ocasionó en (...) un rechazo hacia su cuerpo, llegando como consecuencia a dejar de comer a lo largo de una semana, perdiendo un total de 3 kilos, quedándose en un peso de 77 kilos. Provocándole el temor a la (...) que el peso le impidiera realizarse una prueba determinante para la intervención de su cáncer de mama.

(...) (S)e produce una notoria negligencia por el hecho de dar el alta a la misma, cuando se observa en la radiografía practicada que tenía rotas varias costillas.

Posteriormente a lo ocurrido y tras varios días con fuertes dolores en las costillas, (...) acude el 23 de febrero de 2016 a realizarse nueva resonancia magnética y ante el temor que palpaba el técnico encargado de la realización de la prueba, procede a comentarle que lo ocurrido en su anterior visita se debió a la falta de colocación de los soportes laterales al situarla en la máquina, no habiéndose retirado unos respaldos que se encontraban allí.

Pasado un mes desde la última resonancia, en concreto el 14 de marzo de 2016, se le realiza a (...) una gammagrafía ósea, momento en el cual la especialista le pregunta si ha sufrido algún accidente hace poco, pues observa que tiene las costillas rotas. Asombrada por la noticia, (...) rompe a llorar al darse cuenta de que la rotura es producto de lo ocurrido el pasado día 11 de febrero de 2016 durante la práctica de la resonancia magnética.

Al día siguiente, 15 de marzo de 2016, se procede a estudio para análisis de afectación del ganglio centinela, procediéndose finalmente el día 16 del mismo mes y año a la práctica intervención quirúrgica».

La interesada entiende que hay responsabilidad patrimonial de la Administración, pues, «como consecuencia de no haberse realizado correctamente la preparación de la paciente para la práctica de la resonancia magnética en su día -provocándole así la rotura de varias costillas- se ha producido un retraso en el diagnóstico de la enfermedad padecida por la misma -cáncer de mama- ya que el día de lo sucedido, de haberse realizado la prueba correctamente, se hubiese diagnosticado la enfermedad con mayor antelación y se hubiese

procedido a programar en fecha más próxima la pertinente operación, evitando así la expansión del cáncer como ocurrió realmente».

Solicita una indemnización que cuantifica en 20.081,58 euros por los daños físicos y psicológicos de la reclamante derivados de este procedo.

IV

En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (art. 21.2 LPACAP). No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

Constan las siguientes actuaciones:

- El 13 de febrero de 2017 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación, de lo que ésta recibe notificación el 15 de febrero de 2017, viniendo a aportar lo solicitado el 27 de febrero de 2017.

- Por Resolución de 2 de marzo de 2017, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de la interesada, de lo que recibe notificación aquélla el 6 de marzo de 2017.

- El 2 de marzo de 2017 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), que, tras haber recabado la documentación oportuna, lo emite el 27 de junio de 2017.

- El 3 de octubre de 2017 se insta a la reclamante para que aporte pliego de preguntas a realizar a los testigos propuestos en escrito presentado el 27 de febrero de 2017, lo que aportará la interesada el 20 de octubre de 2017.

- El 4 de octubre de 2017 la interesada presenta escrito en el que solicita certificado de silencio administrativo, a lo que se le da respuesta el 6 de octubre de 2017, considerando la improcedencia de tal certificado por entender que el plazo de seis meses no habría empezado a contarse sino desde la subsanación de la reclamación por haberse presentado sin acreditación de la representación con la que se actuaba, habiéndose suspendido, asimismo, el plazo de resolución entre la solicitud y la recepción del informe del SIP, además se da cuenta de los trámites realizados. Ello se notifica a la interesada el 11 de octubre de 2017.

- El 31 de octubre de 2017 se dicta acuerdo probatorio en el que se incorporan las pruebas aportadas por la Administración, y se admiten las solicitadas por la interesada, iniciándose periodo probatorio para la práctica de las testificales propuestas. De ello recibe notificación la reclamante el 6 de noviembre de 2017.

- Con fecha 4 de diciembre de 2017 se practican las testificales con el resultado que obra en el expediente.

- A raíz de las declaraciones testificales, el 7 de diciembre de 2017 se solicita por la interesada la práctica de la prueba a dos nuevos testigos, lo que es aceptado el 19 de enero de 2018, viniendo a practicarse la prueba el 26 de enero de 2018.

- El 1 de febrero de 2018 se confiere a la interesada trámite de audiencia, de lo que recibe notificación el 6 de febrero de 2018, presentando ésta escrito de alegaciones el 20 de febrero de 2018 en el que insiste en los términos de su reclamación inicial.

- El 20 de marzo de 2018 se dicta Propuesta de Resolución estimando parcialmente la pretensión de la interesada, sin que se haya emitido informe del Servicio jurídico, lo que se justifica en lo siguiente:

«Conforme a lo dispuesto en el artículo 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias. Servicio de Régimen Jurídico emitirá informe preceptivo en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, únicamente, sobre cuestiones que no se hayan resuelto previamente.

Por lo anterior, y centrándose este caso en el daño antijurídico (fractura costal) causado por una actuación sanitaria (RM), esta cuestión ha sido tratada, entre otros, en el informe AJ5 515/16 (ERP 168/16), que considera conforme a Derecho el borrador de Resolución Parcialmente Estimatoria, al apreciar que “concurren por tanto los requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos establecidos en el artículo 139 y 141 de la Ley 30/92, pues hay relación de causa efecto entre el daño y la actuación sanitaria y se da además la condición de antijuricidad del mismo, correspondiendo a la Administración, en consecuencia, indemnizar el daño que razonablemente puede deducirse que es consecuencia de esa actuación”».

V

1. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución estima parcialmente la pretensión de la reclamante con fundamento en los informes recabados en la tramitación del procedimiento, y, en especial, el elaborado por el SIP.

2. Para entrar en el fondo de la reclamación interpuesta es preciso distinguir dos partes en la misma.

Por un lado, la atinente al propio incidente en la realización de la resonancia magnética el 11 de febrero de 2016, con las consecuencias inmediatas de tal suceso; y, por otro, la atinente a las consecuencias mediatas que, por aquel incidente, se atribuyen en la evolución del cáncer de mama de la reclamante.

1) En cuanto al incidente sufrido durante la realización de la resonancia magnética practicada a la paciente el 11 de febrero de 2016, la Administración, correctamente, reconoce su responsabilidad patrimonial derivada de los daños irrogados a la interesada a raíz de la prueba, consistentes en rotura de costillas y los daños morales derivados de ello.

En este punto, ha de señalarse, no obstante, que de los antecedentes que constan en la historia clínica de la paciente, expuestos en el informe del SIP, sólo se señala la existencia de un incidente en la realización de la prueba el día 11 de febrero de 2016, «por compromiso de espacio», sin que se aclare en ningún momento, tampoco en las testificales, la razón exacta del incidente. Por el contrario se reconoce en este informe que «es evidente el daño físico y psicológico derivados del episodio acaecido durante la primera RM». Así, la Propuesta de Resolución, en la misma línea que el informe del SIP señala:

«La RM del día 11 de febrero de 2016 no se efectuó correctamente o en cualquier caso, nadie advirtió a la paciente que de la práctica de la prueba podían derivarse determinados riesgos. Lo cierto es que, la paciente sufrió unas lesiones (fracturas costales), que no tenía el deber jurídico de soportar. Por lo que, dicho daño antijurídico es susceptible de indemnización por responsabilidad patrimonial del SCS, conforme a lo establecido en los arts. 32 y 34 de la LRJSP.

(...)

El SIP cuantifica el daño sufrido en 200 €, resultando esta cantidad de los 4 días de incapacidad temporal que conlleva la contusión torácica (Cod. CIE9-MC 922.1).

No obstante, la indemnización propuesta por los cuatro días de incapacidad temporal no resarce el daño moral de la interesada, es decir, en este caso, la mera realización de una RM, no debió producirle daño alguno a la paciente y, en cualquier caso, si su práctica conllevaba algún riesgo, se le debió informar al respecto y ofrecerle otra alternativa (en caso de existir). Sin embargo, la paciente acude al Servicio Radiológico para la realización de dicha prueba y regresa a su domicilio con fracturas costales, daño excesivo y desproporcionado que debe indemnizarse suficientemente. Es por lo que, debe incrementarse la cantidad en 1.000 € en concepto de daño moral, siendo la indemnización total procedente, 1.200 €».

Por otra parte, sin embargo, y en contra de lo manifestado en su reclamación por la interesada, se ha acreditado la adecuación a la *lex artis* en relación con el diagnóstico de las fracturas costales sufridas por la interesada el día de la referida resonancia magnética.

Así, en la radiografía realizada en aquella fecha no se objetivó fractura, lo que ocurrió el 14 de marzo de 2016 en gammagrafía ósea. Ello se explica en el informe del jefe de Servicio de Radiodiagnóstico, y así se recoge también en el informe del SIP, al explicar que se trataba de un tipo de fractura cubierta u oculta, y por ello no visible en radiografía simple, pudiendo sólo mostrarse en una prueba de mayor sensibilidad, como lo fue la gammagrafía ósea realizada el 14 de marzo de 2016. Así, explica el informe del SIP, que tal prueba «tiene un papel importante en el diagnóstico de aquellas fracturas de difícil visualización radiológica, en estudios precoces, ya sea debido a su tamaño o a su localización en estructuras óseas de compleja anatomía o con baja densidad ósea, que son conocidas como fracturas cubiertas u ocultas [huesos carpianos, las de radio distal, las fracturas costales, esternales, de omóplato (...)]».

2) Distinta respuesta merecen los daños mediatos que atribuye la reclamante a aquel incidente, pues afirma que el mismo determinó el retraso en la práctica de la prueba, que hubo de realizarse nuevamente el 23 de febrero de 2016, condicionando este retraso una dilación en el diagnóstico y tratamiento de su cáncer de mama, con la consiguiente agravación de la enfermedad.

Tal afirmación es desmentida por el informe del jefe de Servicio de Radiodiagnóstico, que señala que el diagnóstico de su enfermedad ya se había realizado durante la primera visita de la paciente al Servicio de Radiodiagnóstico, el 28 de enero de 2016, añadiendo, que la demora en la realización de la segunda resonancia no supuso un cambio ni en el pronóstico ni en el tratamiento de la paciente.

Esta es la conclusión que se deriva de los antecedentes que se reflejan en la historia clínica de la paciente, recogidos en el informe del SIP, pues allí constan:

- La reclamante, el 7 de diciembre de 2015, acude a su médico de atención primaria, por haber notado un bulto desde el día anterior en la mama izquierda.

- El 9 de diciembre de 2015, se realiza mamografía y exploración, en la Unidad de Diagnóstico precoz de cáncer de mama y se remite al Hospital a fin de

complementar estudios mediante pruebas adicionales que permitan categorizar la imagen obtenida.

- El 28 de enero de 2016, se realiza mamografía izquierda, ecografía de mama, axila izquierda y biopsia con aguja gruesa de nódulo de aprox. 2 cms de diámetro mayor, con hallazgos altamente sugestivos de malignidad. Se confirma tras estudio anatomopatológico microscópico, en informe de 8 de febrero de 2016, la presencia de carcinoma ductal NOS infiltrante de alto grado histológico.

- Es citada el 11 de febrero de 2016, para resonancia magnética (RM) a fin de valorar la existencia de focos tumorales adicionales y visualizar las lesiones con mayor precisión. En el momento de introducir a la paciente en el tubo se producen incidencias por compromiso de espacio. La paciente manifiesta dificultad para respirar y ello ocasiona que se suspenda la prueba. Se realiza Rx de Tórax que no objetiva lesión. Se diagnostica de contusión costal y se pautan antibióticos.

- El 12 de febrero acude a su médico de cabecera, con los resultados obtenidos en las pruebas ya practicadas y éste le prescribe reposo 72 hs. No existen más referencias a este proceso.

- El 17 de febrero de 2016, con los resultados obtenidos en las pruebas ya practicadas, es valorada en consulta hospitalaria de Oncología con diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante grado III histológico. Ese día firma su conformidad para su inclusión en la lista de Espera, con prioridad clínica alta, para mastectomía izquierda y biopsia selectiva de ganglio centinela (BSGC). Asimismo, firma Documento de Consentimiento Informado para mastectomía radical + BSGC. Se solicita estudio preoperatorio, también se realiza estudio de extensión para descartar metástasis.

- El 23 de febrero de 2016 se realiza RM de mama con el resultado ya conocido de nódulo en mama izquierda de aproximadamente 2 cms de eje mayor, sin afectación axilar visible.

- Posteriormente, se realiza tratamiento de quimioterapia adyuvante y radioterapia complementaria.

Tal y como se observa, la paciente ya había sido informada del diagnóstico cierto de su enfermedad el 17 de febrero de 2016, fecha en la que firmó documento para su inclusión en la lista de espera, con prioridad clínica alta, para mastectomía izquierda y BSGC, así como Documento de Consentimiento Informado para mastectomía radical y BSGC.

Ello se realiza, junto a distintas pruebas, no para el diagnóstico de su enfermedad, que ya estaba diagnosticada, sino con carácter complementario, para concretar la extensión del ya sabido proceso oncológico. A tal efecto se indica en el informe del SIP y así se recoge en la Propuesta de Resolución:

«carece de sentido la afirmación de la reclamante, sobre que la no realización de dicha prueba el día convenido, produjo una demora en el diagnóstico, siendo éste previo a la realización de la prueba.

Aprecia el SIP que no ha existido retraso de diagnóstico, ni terapéutico alguno, ya que la RM en ningún caso es de primera elección para el diagnóstico sino para complementar lo ya conocido mediante mamografía, ecografía de mama y axila y biopsia de tejido mamario.

De todo lo expuesto se concluye la no existencia de retraso en el diagnóstico y tratamiento de la paciente y ello porque su diagnóstico- como explica el SIP- no precisaba de la RM y además, ya era conocido por la paciente previamente a su realización el 23 de febrero».

Por tanto, no procede indemnizar a la reclamante por daño derivado del funcionamiento del Servicio Sanitario, en cuanto al diagnóstico y tratamiento de su cáncer de mama, pues no ha habido retraso alguno en ello, no viéndose condicionado ni en el diagnóstico de la enfermedad, ya conocido por ella, ni el tratamiento, ni el pronóstico por el incidente sufrido en la realización de la resonancia magnética del día 11 de febrero de 2016.

3. De todo lo expuesto ha de concluirse la conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución al estimar parcialmente la reclamación de la interesada.

Así, por un lado, concurre responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños físicos, consistentes en rotura de costillas, y morales derivados de ello, producidos a la reclamante como consecuencia del incidente acaecido en la realización de la resonancia magnética del día 11 de febrero de 2016, estimando adecuada la valoración de los mismos en 1.200 euros. Siendo la cuantía de 200 euros la correspondiente a cuatro días de incapacidad temporal derivados de contusión torácica y 1000 euros de daños morales.

No obstante, tal cuantía habrá de actualizarse en los términos establecidos en el art. 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Por otro lado, sin embargo, por las razones ya expuestas, no concurre nexo causal entre el estado de la enfermedad de la reclamante y el funcionamiento del

servicio, por lo que no puede derivarse responsabilidad patrimonial de la Administración.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho, debiendo estimarse parcialmente la pretensión de la interesada.