



## Consejo Jurídico de la Región de Murcia

### Dictamen nº 17/2021

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 29 de enero de 2021, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 18 de noviembre de 2020 (COMINTER 330228/2020), sobre responsabilidad patrimonial instada por Dª. X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 231/20), aprobando el siguiente Dictamen.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El día 19 de junio de 2019 tuvo entrada en el registro electrónico de la Secretaría de Estado de Función Pública, integrado en el sistema de interconexión de registros (SIR), un escrito presentado por una abogada en nombre y representación de Dª. X, por el que formulaba reclamación de responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud (SMS), entendiendo que se había producido un error de diagnóstico.

De acuerdo con el relato de hechos de la reclamación, la interesada consultó con un médico en el año 2013 en el Centro de Salud de Archena la realización de una mamografía ante la presencia de pinchazos en CII de mama izquierda. El resultado de la prueba fue normal según el informe del Servicio de Radiología del Hospital General Universitario "Morales Meseguer" (HMM) de 31 de enero de 2013, aunque, a raíz de tal consulta, fue incluida en el Programa de Prevención del Cáncer de Mama, organizado por la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Salud, siendo citada desde el año 2014 hasta 2018 para la realización de mamografías.

El resultado de los informes de las mamografías realizadas en los años 2014 a 2018 siempre fue el mismo para ambas mamas - *"negativo para el cáncer de mama"* - si bien en el de 2016 ya se apreció en la correspondiente a la mama derecha la existencia de una *"masa sólida benigna"*, recomendando una revisión a los 24 meses. Realizada ésta el 28 de febrero de 2018, el resultado en la mama derecha volvió apreciar la existencia de *"microcalcificaciones benignas"*.

Una vez transcurrido un plazo de 12 meses desde la anterior, la señora X se realizó una mamografía preventiva el 4 de marzo de 2019 en la que se aprecia la existencia de un nódulo en mama izquierda siendo derivada de forma urgente al servicio de Oncología del HMM en donde se diagnosticó un carcinoma infiltrante sin tipo especial de mama izquierda, grado III, comenzando el tratamiento oncológico de quimioterapia, y señalando los facultativos que la patología que presentaba era la de un carcinoma invasivo, de modo que las células tumorales podían propagarse o metastizar a otras partes del cuerpo constatando como de hecho, *" [...] se halla en la RMN conglomerado adenopatías con metastásico en axila derecha"*.

Continúa su reclamación exponiendo que desde 2 de abril de 2019 está recibiendo tratamiento médico por el Servicio de Oncología del HMM realizando tratamiento de quimioterapia habiéndosele colocado un marcador mamario y axilar ipsilateral, siguiendo también consultas en el Servicio de Cirugía General y Digestivo del HMM en el que se diagnosticó la existencia de un carcinoma invasor de mama.

De la exposición de hechos relatada concluye la reclamación que por causa imputable a la actuación de los servicios sanitarios del SMS no fue diagnosticada de forma temprana de cáncer de mama y, en consecuencia, no se instauró un tratamiento efectivo determinando que el tumor resultara invasivo y comenzará a metastizar con el riesgo que ello conllevaba para la vida de la reclamante. Así se reconoció por el Servicio de Oncología del HMM

en donde se informó que de haber detectado la patología en el momento oportuno habría un mayor porcentaje de éxito en la curación del cáncer que padecía y por supuesto "[...] Éste no habría comenzado la metástasis por la que está siendo tratada".

En resumen, la reclamación viene manifestar que "Existe un manifiesto error de diagnóstico en las mamografías realizadas por el Servicio de Prevención del Cáncer de Mama entre los años 2013 a 2018, ya que a pesar de las molestias que la paciente ha venido informando desde 2013, afectantes a la mama izquierda, en todas ellas el resultado es «negativo para el cáncer de mama», en tanto que el carcinoma diagnosticado en marzo de 2019 es una patología que, atendiendo al tamaño del tumor y características, debió ser identificada en las pruebas practicadas, máxime teniendo en cuenta que la Mamografía realizada en fecha de 15/03/2018, tras advertir de anomalías bajo sospecha, concretamente como microcalcificaciones, fue informada con resultado de «Microcalcificaciones benignas», recomendado revisión de cribado en plazo de un año, realizado el cual, la paciente fue citada al Servicio de Radiología del Hospital Morales Meseguer de Murcia, donde se informa expresamente: «Nódulo en mama izquierda (BIRADS 5). Adenopatías de aspecto metastásico axilares izquierdas (Ct2N2)». Además, desde el año 2013 la paciente manifiesta tener pinchazos en la mama izquierda, lo que, teniendo en cuenta los antecedentes de ésta, debía de haber sido objeto de estudio de forma más minuciosa".

Termina la reclamación haciendo constar la imposibilidad de hacer en ese momento la valoración económica de las lesiones reclamadas, anunciando la aportación de un dictamen pericial una vez incoado el procedimiento y la presentación, junto a él, de un escrito de cuantificación de dicha responsabilidad, por lo que solicita que una vez aportado el dictamen pericial cuantificando los daños se dicte resolución que reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, a la vez, el derecho de la reclamante a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la defectuosa atención médica-sanitaria.

Junto con la reclamación presentó diversa documentación clínica y solicitó la incorporación al expediente de copia de la historia clínica obrante en el HMM, y más concretamente la del Servicio de Oncología y Radiología, así como la existente en el Servicio de Prevención del Cáncer de Mama de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones de la Consejería de Salud. Finalmente hacía constar "que expresamente solicitamos que se recabe «INFORME DE LA INSPECCIÓN MÉDICA»".

Mediante comunicación interior de 2 de julio de 2019, el Servicio Jurídico del SMS remitió la reclamación al Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Salud

**SEGUNDO.-** Por resolución del Secretario General de la Consejería de Salud de 4 de julio de 2019 se admitió a trámite la reclamación presentada, se ordenó la incoación del expediente número VA 77/2019, y se designó al Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Salud como órgano encargado de la instrucción.

**TERCERO.-** Con escrito de 5 de julio de 2019, el instructor del procedimiento comunicó a la interesada la admisión de la reclamación y la necesidad de que procediera a valorar los daños por los que solicitaba indemnización e, igualmente, en caso de valerse de los servicios de la abogada debía acreditar la representación con la que esta obraba.

En la misma fecha se dirigió al Servicio de Promoción y Educación para la Salud, de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones, remitiendo copia de la reclamación presentada solicitando la evacuación de un informe sobre los hechos en que se basaba.

También en esa fecha dirigió un escrito al director Gerente del HMM enviando copia de la reclamación y solicitando la remisión de la historia clínica de la paciente y el informe de los profesionales que le hubieran prestado atención.

Por último, con escrito de 8 de julio de 2019, se dirigió a la Asociación Española Contra el Cáncer (AECC) en demanda del informe de los profesionales que atendieron a la paciente así como los resultados de las pruebas practicadas y cuatro copias de cada uno de los estudios completos realizados, lo que debería hacerse en un soporte CD independiente para cada uno. También se le remitía copia de la reclamación presentada. Figura en el índice de la documentación recibida que en la misma fecha se dictó una Orden por el titular de la Consejería suspendiendo el cómputo del plazo para la resolución del procedimiento hasta que no se recibió el citado informe (la Orden no se ha unido al expediente).

**CUARTO.-** El día 11 de julio de 2019 tuvo entrada en el registro electrónico el escrito de la abogada acompañando el poder de representación con que actuaba, dando cumplimiento al requerimiento que había recibido.

Ese día el órgano instructor recibió un correo electrónico procedente del Servicio de Promoción y Educación para la Salud remitiendo el informe que había recibido de la AECC así como las pruebas de imagen remitidas en CDs independientes. El informe había sido evacuado por el doctor D. Y.

**QUINTO.-** La Jefa del Servicio de Promoción y Educación para la Salud evacuó el informe que le había sido solicitado el día 18 de julio de 2019. Tras hacer un relato de los hechos en que se concretó la atención prestada a la paciente terminaba con el siguiente párrafo: "*Por último, conviene citar el artículo científico "Situación de la investigación en el cribado de cáncer de mama en España: implicaciones para la prevención" publicado en la Revista Gaceta Sanitaria (disponible en: <http://scielo.isciii.es> [...] ), donde pone de manifiesto que la efectividad de la detección precoz del cribado mamográfico ha sido valorada en diversos ensayos clínicos aleatorizados, donde se demostró una reducción de la mortalidad de entre un 20% y un 35%, variable según la edad, los años de seguimiento, el número de mujeres cribadas y la periodicidad del estudio mamográfico. Sin embargo, no todas las mujeres se benefician por igual del cribado poblacional. Así, aquellas con tumores de crecimiento rápido tienen menor probabilidad de que éste sea detectado en el cribado*".

**SEXTO.-** El 19 de julio de 2019 se notificó a la abogada el dictado de la Orden de la misma fecha por la que se levantaba la suspensión decretada el 8 de julio anterior, una vez recibido el informe y la documentación solicitada a la AECC.

Como quiera que la documentación recibida no venía firmada por el autor del informe, el 25 de julio siguiente se notificó el requerimiento para que los volviera remitir debidamente firmados en el plazo de 10 días. A la vez se le pedía que si tenía suscrita póliza de seguros que cubriera los daños, se facilitaran los datos de la Compañía aseguradora a fin de comunicarle la presentación de la reclamación para que pudiera personarse en el procedimiento.

El día 31 de julio de 2019 tuvo entrada en el registro la documentación debidamente firmada y los datos solicitados sobre la Compañía aseguradora.

**SÉPTIMO.-** El instructor del procedimiento se dirigió mediante escrito de 7 de agosto de 2019 a "Mapfre España, Compañía de seguros y reaseguros, S.A.", con la que la AECC tenía suscrita póliza de seguros, concediéndole un plazo de 10 días para que compareciera en el procedimiento y pudiera manifestar lo que a su derecho conviniera al ostentar la condición de interesada en el mismo.

**OCTAVO.-** La Directora Gerente del HMM remitió la documentación que se le había requerido el 16 de agosto de 2019. Se incluía copia compulsada y foliada de la historia clínica obrante en el hospital extraída del sistema informático SELENE, así como la correspondiente Atención Primaria, extraída del sistema informático OMI, y se comunicaba que no había sido posible remitir el informe del Servicio de Radiodiagnóstico por coincidir con el periodo vacacional aunque se aportaría la mayor brevedad posible.

**NOVENO.-** Según consta en la diligencia extendida el 5 de septiembre de 2019, en esa fecha compareció un representante de la compañía aseguradora para personarse en el procedimiento haciéndole entrega de una copia del expediente realizada en un pen drive junto con un cd por cada uno de los recibidos de la AECC.

**DÉCIMO.-** La doctora D<sup>a</sup>. Z, Facultativa Especialista de Área de Radiodiagnóstico del HMM emitió un informe el día 26 de septiembre de 2019 sobre la atención prestada a la reclamante. El informe fue remitido por el Director Médico del HMM con una comunicación interior firmada el 15 de octubre siguiente.

Comparecido nuevamente el representante de la compañía aseguradora el 16 de octubre de 2019 le fue entregada copia de dicho informe en soporte pen drive.

**UNDÉCIMO.-** El instructor del procedimiento dirigió un escrito el 26 de noviembre de 2019 a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria en demanda de la evacuación del informe de la Inspección Médica, a cuyo efecto remitió copia electrónica del expediente instruido hasta ese momento. Este hecho determinó el dictado de la Orden de 28 de noviembre de 2019 del titular de la Consejería suspendiendo el plazo máximo para resolver el procedimiento por el tiempo que transcurriera desde la solicitud del informe la

Inspección Médica hasta su recepción. Transcurrido el plazo de tres meses legalmente establecido, el 3 de marzo de 2020 por otra Orden del titular de la Consejería se decretó el levantamiento de la suspensión y la continuación del procedimiento, notificándose electrónicamente a la representante de la interesada el 6 de marzo de 2020.

**DUODÉCIMO.-** El día 29 de mayo de 2020 se emitió un informe por un Inspector Médico del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales perteneciente a la Dirección General de Planificación, Investigación, Farmacia y Atención al Ciudadano, sobre la reclamación patrimonial objeto del presente dictamen. El informe fue enviado al órgano instructor mediante comunicación interior de 1 de junio de 2020. Según dicha comunicación el informe había sido solicitado los días 22 y 26 de noviembre de 2019 ? no se hallan integradas en el expediente tales peticiones -. El autor del informe ponía de manifiesto la necesidad de que se requiriera a la reclamante para que aportara los dictámenes periciales y de valoración del daño corporal que había anunciado para que, una vez aportados dichos dictámenes médicos se remitieran a la Inspección Médica para su análisis y la emisión posterior de un informe técnico sanitario complementario. Ante tal circunstancia, la instructora del procedimiento lo comunicó a la representante de la interesada para que remitiera los informes a que aludía el Inspector actuante. La petición fue recibida el 26 de junio de 2020.

**DECIMOTERCERO.-** Registrada el 8 de julio de 2020 en el SIR la solicitud de ampliación del plazo para presentación del dictamen pericial anunciado por la representante de la interesada, fue denegada por acuerdo del órgano instructor de 23 de julio de 2020, al amparo de lo establecido en el artículo 32.3 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPCAP). Dicha denegación fue puesta a disposición de la recurrente ese mismo día 23, produciéndose su rechazo automático el día 3 de agosto al haber transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición sin que hubiera accedido.

**DECIMOCUARTO.-** Mediante comunicación interior de 23 de julio de 2020, se solicitó el informe complementario del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales contestando con el envío de un "Informe técnico sanitario complementario" realizado el día 28 de julio de 2020 que reproducía el emitido el 29 de mayo anterior y, por lo que a la valoración de los daños corporales se refería, señalaba que *"No es posible pronunciarse en relación a si son idóneos o no los daños corporales que se invocan por la reclamante. Pues los informes médicos de valoración del daño corporal y dictámenes médicos periciales que se anuncian en la reclamación que serán aportados posteriormente, no existen entre la documentación médica remitida a la Inspección de Servicios Sanitarios para su análisis. A pesar de que la Instrucción ha requerido expresamente a la reclamante para que aportase dichos informes médicos".*

**DECIMOQUINTO.-** El 6 de noviembre de 2020 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por considerar que no concurrían los requisitos legalmente exigibles para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria.

**DECIMOSEXTO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y 81 de la LPACAP.

**SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante tiene legitimación para formular la pretensión indemnizatoria objeto del presente procedimiento, por haber sufrido en su persona los daños, sin concretar, que imputa al anormal funcionamiento de los servicios sanitarios del SMS, pudiendo ejercer su pretensión indemnizatoria a tenor de lo previsto por el artículo 32.1 LRJSP.

Por su parte, la Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse los daños al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. La reclamación fue presentada dentro del plazo de un año establecido al efecto en el artículo 67.1 LPACAP, si atendemos como *dies a quo* el de emisión del informe de 4 de marzo de 2019 en el que se diagnostica el carcinoma y el día 19 de junio de ese mismo año, fecha de presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida no permite afirmar que, en lo esencial, se hayan cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. No consta en el expediente que se haya abierto el trámite de audiencia una vez concluida la instrucción.

La primera afectada por ello es la propia reclamante que tiene derecho a ser oída aunque no haya comparecido ante el órgano instructor más que para aportar la documentación justificativa de la representación otorgada a la abogada y para solicitar una ampliación del plazo de presentación de un dictamen pericial, petición denegada por haber expirado cuando se resolvió tal demanda. Fuera de esos momentos no hay actividad alguna por su parte, ni presentación de prueba o alegación alguna en apoyo de su reclamación, actitud que no ha propiciado una mejor instrucción. No obstante, ha de reconocerse que las decisiones de continuar el procedimiento adoptadas durante esa fase lo han sido amparadas en una rigurosa interpretación de los preceptos aplicables ? Orden de 3 de marzo de 2020 de levantamiento de la suspensión, acuerdo de 23 de julio de 2020 denegando la ampliación de plazo solicitada - . Una interpretación más flexible también hubiera sido admisible, aunque, como decimos, las decisiones adoptadas antes de la conclusión de la instrucción del procedimiento son ajustadas a la norma. No así, por el contrario, la que afecta al final de la instrucción, que no conoce la reclamante, ni tampoco los documentos que integran el expediente puesto que no se le ha remitido comunicación en tal sentido en ningún momento, impidiéndole, en su caso, ejercer su derecho a formular alegaciones conclusivas tras la vista del expediente. Esta omisión la coloca en una situación de indefensión que ha de procurar evitarse con el cumplimiento escrupuloso de los trámites legalmente previstos.

Se observa así que se ha producido un cambio de actitud del órgano instructor que posterga su talante de escrupuloso cumplimiento de las normas, quizás, como decimos, llevado por la conducta de la propia reclamante que, durante más de un año y cuatro meses - desde que interpuso la reclamación y anunció la aportación de un dictamen pericial que ni tan siquiera aportó cuando fue requerida para ello expresamente, propicia ? no ha reaccionado activamente en defensa de su derecho. Tal silencio ha podido inducir a presumir esa actitud como una constante invariable y decidir la continuación del procedimiento. Pero esa interpretación no puede aceptarse como sustento de una decisión que, de mantenerse, implica la desatención de un trámite esencial en este tipo de procedimientos expresamente exigido por el artículo 91.1 LPACAP. La virtualidad del trámite de audiencia, íntimamente ligado con los principios de contradicción y defensa, exige la puesta de manifiesto del expediente que acompaña a dicho trámite, como premisa necesaria de un correcto y válido ejercicio del derecho de alegación por parte de los interesados, y que dicha actuación deba llevarse a cabo inmediatamente antes de elaborar la propuesta de resolución según determina el antedicho artículo. Será además la última oportunidad de que disponga la reclamante para completar los requisitos que su solicitud debió cumplir según el artículo 67.2 LPACAP.

Pero es más, la omisión del trámite de audiencia afecta a los demás interesados personados en el procedimiento, AECC y su Compañía aseguradora, a los que debe darse la oportunidad de ser oídos una vez concluida la instrucción porque pudieran verse afectados por la resolución que en su día se dicte.

Lo anterior implica la necesidad de reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la elevación de la propuesta de resolución, dando cumplimiento a lo exigido en el artículo 91.1 LPACAP.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Procede devolver el expediente a la Consejería para que se complete el procedimiento con la sustanciación del trámite de audiencia, hecho lo cual deberá formularse nueva propuesta de resolución en la que se analicen las alegaciones que, en su caso, puedan formularse por la reclamante y resto de interesados.

No obstante, V.E. resolverá.

