



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 3 1 4 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de mayo de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por C.D.M.C., en nombre propio y en representación de sus hijos C.E. y E.D., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 240/2011 IDS)\*.*

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

### I

1. Mediante escrito de fecha 29 de marzo de 2011, el Sr. Consejero de Sanidad interesa de este Consejo preceptivo Dictamen por el procedimiento ordinario, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.B.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2003, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP), respecto de la Propuesta de Resolución (PR) del procedimiento de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, incoado a instancia de C.D.M.C. e hijos, por daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria prestada al esposo de la reclamante. Se solicita por tal hecho una indemnización de 120.202,42 euros.

2. La reclamación ha sido interpuesta por los perjudicados, por la que entienden negligente actuación sanitaria y por ello son las personas directamente legitimadas para hacerlo [art. 31.1.a) LRJAP-PAC].

Respecto del plazo de interposición de la reclamación, se significa que A.G.C., esposo de una de las personas reclamantes, falleció el 25 de agosto de 2007. La

---

\* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

reclamación fue presentada el 13 de diciembre de 2007, por lo que ha sido interpuesta en el plazo de un año legalmente dispuesto (art. 4.2, segundo párrafo del RPPRP).

La reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, de conformidad con lo que dispone el art. 6.2 RPRP, el 11 de marzo de 2008. En las actuaciones consta la realización de los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución [art. 7 RPRP]. Como el preceptivo informe del Servicio de Urgencias del Hospital General de La Palma, de 20 de mayo de 2008, obrante al folio 160 del expediente, y el del facultativo del Centro de Salud de Los Llanos (art. 10.1 RPRP), así como el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de 1 de abril de 2009, folios 173 y siguientes del expediente, entre otros. Se procedió, asimismo, a la apertura y práctica del periodo probatorio (art. 9 RPRP), y se dio cumplimiento al trámite de audiencia final (art. 11 RPRP), que fue verificado mediante escrito de 13 de septiembre de 2010, folios 296 a 298 del expediente, en el que se concreta por la reclamante que el daño indemnizable no es el fallecimiento de su marido sino la pérdida de oportunidad a recibir el tratamiento adecuado.

El procedimiento viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, de fecha 29 de marzo de 2011 -desestimatoria de la reclamación formulada- que fue informada por los Servicios Jurídicos, el 28 de marzo de 2011, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero.

## II

Los hechos más relevantes que se desprenden de las actuaciones, son los siguientes:

1. A.G.C., esposo de la reclamante, desde mediados del mes de junio de 2007 sufrió fuertes dolores en la zona lumbar acudiendo por ello, a partir del 9 de julio de 2007, y en repetidas ocasiones, al Centro de Salud de Tazacorte, al Servicio de Urgencias de Los Llanos y al Hospital General de La Palma, donde fue diagnosticado de lumbociática. Pautándosele tratamiento analgésico-antiinflamatorio, modificándose la medicación según el escalón terapéutico en el manejo del dolor. Ante la persistencia y empeoramiento de los dolores acudió repetidas veces, entre los días 21 a 24 de julio de 2007, al Servicio de Urgencias del Hospital General de La Palma donde también fue diagnosticado de lumbociática, con irradiación a miembro

inferior izquierdo pautándosele tratamiento adecuado al inicial diagnóstico, se solicitó cita preferente en traumatología, programada para el 4 de agosto siguiente, sin que se objetivara ningún signo o síntoma que hiciera sospechar otro tipo de patología. Siendo atendido por siete médicos en la Isla de La Palma, sin que nada les hiciera sospechar un proceso oncológico.

2. El 26 de julio de 2007, ante el agravamiento de su estado físico, se trasladó por su propia iniciativa, y a su costa, a Tenerife, sometiéndose a valoración de carácter privada por especialista en neurocirugía en el Hospital San Juan de Dios, acudiendo también a consulta privada en H.R. en Santa Cruz de Tenerife donde le fue realizada una Resonancia Magnética Lumbar y radiografía que objetiva discopatía L5-S1 y artrosis. La valoración efectuada por dichos facultativos, con carácter privado, tampoco ofreció un juicio diagnóstico de proceso oncológico.

3. La noche del 31 de julio siguiente acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Canarias por dolor localizado en el glúteo derecho irradiado a la pierna derecha, cursándose su ingreso para estudio en el Servicio de Medicina Interna con el diagnóstico de "sepsis de origen no claro"; siendo diagnosticado, el 10 de agosto, de metástasis óseas líticas de carcinoma de probable origen pulmonar. Fue atendido por los Servicios de Oncología Médica y de Oncología Radioterápica.

4. Seis días después del definitivo juicio diagnóstico, cáncer metastático, es decir, el 16 de agosto de 2007, recibió un ciclo de quimioterapia, administrándosele el 20 de agosto una dosis de radioterapia paliativa, previa firma del preceptivo consentimiento informado. El 24 de agosto, de acuerdo con la familia, según el informe obrante al folio 174 de las actuaciones, se decide el alta y seguimiento en el Hospital General de La Palma, lugar en el que fallece a las 04:00 horas del día 25 de agosto, habiendo ingresado la noche anterior. Se había programado una nueva cita en consulta de Oncología Médica el 29 de agosto en el Hospital Universitario de Canarias, en Tenerife.

### III

1. Consideran los afectados que de la actuación de los Servicios Médicos dependientes del Servicio Canario de la Salud dimana responsabilidad patrimonial, ya que hubo una evidente mala praxis, puesto que, a pesar de las múltiples ocasiones en las que el paciente acudió a los centros dependientes de aquel, en la Isla de La Palma, se produjo el error de diagnóstico, no detectándose el cáncer que padecía,

con independencia de cuál hubiese sido el resultado de haberse seguido el tratamiento adecuado, ello, manifiestan, ocasionó un daño indemnizable, que no consiste en el fallecimiento del familiar querido, sino en la pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento adecuado, que cuantifican en la cantidad antes mencionada.

2. La documentación obrante en el expediente, entre ellos el Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, citado anteriormente, pone de manifiesto que el paciente acudió a consulta por primera vez el día 9 de julio de 2007. Un mes después, el 10 de agosto, fue diagnosticado de "metástasis óseas líticas de carcinoma, probablemente de origen pulmonar. Cáncer metastático con tumor primitivo indetectable". El 16 de agosto inició el tratamiento de quimioterapia; el 20 de agosto se le administró una dosis de radioterapia paliativa, falleciendo a los cinco días, el 25 de agosto de 2007. Según afirma el referido Informe, la persistencia de los síntomas de lumbalgia tras un mes de evolución, "son elementos de la anamnesis que indican un aumento del riesgo de que el dolor lumbar sea secundario a un tumor", especialmente en un paciente de edad superior a los 50 años, como es el caso, pues el fallecido tenía 58 años. Del expediente se deduce que, entre el primer diagnóstico, lumbalgia, y el segundo, cáncer metastático, no transcurrió más de un mes. Circunstancia ésta que resulta muy relevante y que ha de ser tomada en consideración a los efectos que aquí interesa.

Continúa el Informe afirmando que "el cáncer metastático con primitivo indetectable, comprende un grupo heterogéneo de tumores, que se caracterizan por manifestarse por sus metástasis, sin identificar el sitio primario al momento del diagnóstico ni después de realizar una completa exploración (...). La biología de estos tumores difiere de los habituales. Son tumores cuyo origen y frecuencia es diferente a lo habitual (...). También su patrón de diseminación es atípico (...). A modo de síntesis podemos decir que el cáncer metastático con primario indetectable tiene como características: -una diseminación temprana; -ausencia clínica de tumor primitivo, -patrón metastático impredecible; -comportamiento agresivo (...). En cuanto al pronóstico, la media de supervivencia es de 5-7 meses y sólo un escaso porcentaje están vivos al año de su diagnóstico. Aun accediendo al diagnóstico, la mayoría de los primarios detectados no ofrecen posibilidades terapéuticas útiles, en términos de curación para el paciente. La existencia de metástasis múltiples: óseas, hepáticas, ganglionar, y medulares, implica la existencia de células tumorales en el

torrente sanguíneo que pueden dar lugar a nuevas metástasis, tanto en el hígado como en otras localizaciones”

En sus Conclusiones, la Inspectora Médico sostiene que la primera vez que el paciente acudió a consulta a su médico de cabecera, el 9 de julio, la única sintomatología manifestada consistía en dolor en la zona lumbar, siendo por tanto diagnosticado de lumbalgia, pautándosele el tratamiento adecuado (analgésico-antiinflamatorio). En sus posteriores visitas, a partir del 17 de julio, ante la persistencia del dolor se procedió a modificar la medicación. “Las radiografías realizadas no objetivaron anomalía alguna”, tampoco la valoración efectuada por facultativos privados en Tenerife objetivó diagnóstico de sospecha del proceso oncológico. “El paciente sufrió un proceso oncológico en avanzado estado y con pronóstico poco favorable, que condicionó el *exitus* en un tiempo inferior a dos meses desde las primeras manifestaciones”. Asimismo, considera la Inspectora informante que se actuó con pruebas suficientes que justificaban el tratamiento inicial y sin concurrencia de conducta descuidada, abandono o negligencia por parte de los servicios públicos. “La atención al paciente fue la correcta, teniendo en cuenta el cuadro que presentaba en cada momento”. (...). “El diagnóstico exacto de la metástasis en la primera consulta realizada, tampoco hubiera modificado la supervivencia del paciente ponderando las perspectivas de curación existentes, que cuando el cáncer originario es desconocido y se encuentra francamente extendido, se convierte en una enfermedad incurable de pronóstico fatal. Los únicos tratamientos disponibles se consideran paliativos, sin pronosticar un aumento significativo de las expectativas de supervivencia de los enfermos”.

3. La Propuesta de Resolución, con base en la historia clínica y demás medios de prueba documental, e informes obrantes en el expediente, desestima la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para que proceda reconocer el derecho a la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, al no concurrir una relación de causalidad directa entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público de salud, sin que se pueda achacar a los facultativos una mala práctica, un mal hacer o una infracción de la *Lex artis ad hoc*.

4. Es sabido que la responsabilidad de las Administraciones públicas tiene su base en el art. 106.2 de la Constitución, al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor,

siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

A lo anterior debe añadirse el criterio interpretativo de la institución de la responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, incorporado al art. 141.1 LRJAP-PAC, por la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Tampoco cabe olvidar que, en relación con dicha responsabilidad patrimonial, es jurisprudencia consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo [RJ 1993, 6375] , 18 de octubre [RJ 1993, 7498], 27 de noviembre [RJ 1993, 8945] y 4 de diciembre de

1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 9962] , 13 de marzo [RJ 1999, 3151] y 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 7256]); aunque, como ha declarado el TS, también en reiteradísimas ocasiones, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Como dice literalmente el TS, (STS, Sala Tercera, de 7 de marzo de 2007, RJ/2007/953).

Además de estas consideraciones genéricas en relación a los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración, deviene especialmente relevante hacer mención a lo que es, también, una reiteradísima jurisprudencia del TS en relación a la responsabilidad de la Administración sanitaria, a cuyo fin y por todas citaremos la Sentencia de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005, 5739): «a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente».

5. Atendiendo a la citada jurisprudencia, efectivamente, se deduce que no procede avalar la pretensión indemnizatoria instada por los reclamantes, pues no cabe aquí inferir una infracción de la *Lex artis ad hoc*, ni una negligente actuación médica, sólo, y en el peor de los casos, un retraso inicial- de escasas semanas- en el diagnóstico definitivo, sin que ello afectase al resultado final. No se acreditan tampoco negativas consecuencias en la demora diagnóstica que hubiesen agravado o empeorado la salud del paciente. De la falta de inicial diagnóstico del cáncer con metástasis, no cabe deducir un daño real y cierto. Es decir, la prueba practicada no avala la existencia de relación de causalidad entre el inicial diagnóstico y un daño real y cierto sufrido por el paciente. Los síntomas iniciales de lumbalgia guardaban relación también con la artrosis padecida y/o con la discopatía L5-S1 que le fue diagnosticada en Tenerife. El inicial tratamiento era adecuado a la inicial sintomatología, sin que pueda derivarse responsabilidad de la Administración en la tardanza en aplicar el tratamiento adecuado, pues realmente no hubo tal tardanza, ya que el diagnóstico final se produjo el 10 de agosto de 2007 y el inicio del tratamiento se realizó el 16 siguiente. En definitiva, el escaso tiempo transcurrido

desde su primera asistencia al Centro de Salud de La Palma hasta que se le diagnosticó el cáncer, inferior a un mes, no permite avalar la tesis de una negligente actuación médica o de un incumplimiento de la Lex Artis, pues, como dice el Informe del Servicio de Inspección, la persistencia de los síntomas de lumbalgia tras un mes de evolución, "son elementos de la anamnesis que indican un aumento del riesgo de que el dolor lumbar sea secundario a un tumor". Ese plazo no había transcurrido aún, y nada hacía sospechar la presencia del cáncer, siendo la actuación médica inicial acorde con los síntomas que se objetivaban; a mayor abundamiento, el tratamiento temprano no hubiese evitado el desenlace final pues la enfermedad era incurable según la inspectora informante, sin que la parte interesada haya probado lo contrario. Tampoco ha resultado acreditado un incumplimiento de los protocolos de actuación médicos.

Por todo ello, no cabe apreciar la existencia de una lesión antijurídica, en los términos del artículo 141.1 LRJAP-PAC ya citado. Tratándose de responsabilidad patrimonial derivada de servicios médicos, el elemento de culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo producido. Por consiguiente, para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico toda vez que si éste no se produce, no se genera responsabilidad. Así, los daños sufridos, en el presente caso, no parecen ser atribuibles a la actuación médica, sino al fatal proceso cancerígeno sufrido por el paciente, incurable e irreversible. La apreciada falta de relación causal no puede producir responsabilidad de la Administración, en cuanto que no cabe apreciar la existencia de un perjuicio atribuible a los servicios públicos sanitarios de aquella dependientes.

Finalmente, la hipotética pérdida de oportunidad a recibir *ab initio* el tratamiento indicado, tampoco parece ser, en el caso que nos ocupa, razón suficiente para estimar la pretensión indemnizatoria, pues, como afirma el Informe de la Inspección, "el diagnóstico exacto de la metástasis en la primera consulta realizada, tampoco hubiera modificado la supervivencia del paciente ponderando las perspectivas de curación existentes, que cuando el cáncer originario es desconocido y se encuentra francamente extendido, se convierte en una enfermedad incurable de pronóstico fatal". El escaso tiempo transcurrido entre la primera consulta médica (7 de julio), el diagnóstico certero (10 de agosto), el inicio del tratamiento adecuado (16 de agosto) y el momento del exitus (madrugada del 25 de agosto) son datos que tampoco avalan la tesis de la pérdida de oportunidad, atendiendo, en el caso actual,

a la naturaleza de la enfermedad padecida y sus circunstancias médicas, de las que da cuenta el informe de la Inspección Médica.

En este sentido, y a mayor abundamiento, para el hipotético supuesto, que no se da en el presente caso, de que se hubiese apreciado que hubo una mala praxis médica al diagnosticar la enfermedad, ante tal mala praxis hubiera incumbido a la Administración probar que con independencia del tratamiento seguido se hubiese producido el fatal desenlace por ser de todo punto inevitable, prueba que también aquí se ha producido, avalando ello, igualmente, la desestimación de la pretensión indemnizatoria.

En atención a lo expuesto anteriormente, solo cabe concluir que la Propuesta de Resolución es acertada al proponer la desestimación de la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, al no concurrir, en el presente caso, los supuestos que dan lugar a su nacimiento.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida a preceptivo Dictamen es conforme a Derecho.