



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 121/2013

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de abril de 2013.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por D.D.S. (posteriormente, J.S.B.) por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 105/2013 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad el 5 de marzo de 2013 (Registro de entrada de fecha 13 de marzo de 2013) es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia de este Consejo 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, 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 D.D.S., 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.

* PONENTE: Sr. Lorenzo Tejera.

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.

2. Asimismo, se presentó la reclamación dentro del plazo establecido en los arts. 142.5 de la LRJAP-PAC y 4.2 del RPRP, pues el interesado interpuso aquel escrito el 8 de enero de 2010, en relación con un hecho producido el 16 de enero de 2009, fecha en la que se conoce que el diagnóstico ofrecido el 27 de noviembre de 2008 no se correspondía con lo que padecía el paciente.

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:

"1) Que en marzo de 2003 un urólogo privado le extirpa un bulto en la parte izquierda de la ingle el cual fue enviado al laboratorio G.S., de Santa Cruz de Tenerife para su examen.

2) Que en abril de 2003, una vez examinado el bulto extirpado, es diagnosticado de linfoma de Hodgkin (cáncer), de cuya situación no quiso hacer partícipes a sus familiares para no causarles ningún sufrimiento.

3) Recibe tratamiento QT y RT, finalizado el mismo en marzo de 2004 con resultados satisfactorios y con la eliminación de la enfermedad.

4) Que en fechas posteriores se siguen en Tenerife los controles habituales en ese tipo de enfermedad hasta el año 2005, fecha en la que, por razones laborales, se traslada a Valencia donde continúa con dichas revisiones.

5) En el último control que se realiza, en abril de 2008, le detectan un nuevo bulto en la ingle, pero esta vez en la parte derecha con un SUV max de 2 5-3 2.

(...)

7) En julio de 2008 la captación en PET ha aumentado.

8) El 25 de noviembre de 2008 acude al Hospital Universitario de Canarias para una valoración de la enfermedad (...).

9) El 27 de noviembre de 2008 la Dra. D.C.G. realiza un informe (...) en el que el juicio diagnóstico señala que el estudio muestra la existencia de enfermedad tumoral maligna linfomatosa en las cadenas ganglionares iliaca externa e inguinal derechas, junto a dos lesiones de dudosa significación en bazo, cuyo estudio recomendamos completar junto a otras técnicas de imagen.

10) El 8 de enero de 2009 desde el Hospital Universitario de Canarias se solicita una esplenectomía, biopsia de adenopatía iliaca y biopsia hepática de cuña.

11) Que después de recibir el angustioso diagnóstico por el que tendría que permanecer varios días hospitalizado y necesitar médula espinal de un familiar, se vio en la obligación de informar a su familia de la enfermedad que había padecido en 2003 y de la que estaba teniendo un nuevo brote.

12) Que el 12 de enero de 2009 el Servicio de Hepatología Clínica del Hospital Universitario de Canarias solicita nuevo PET para el seguimiento de la enfermedad.

13) Que el 13 de enero de 2009 decide viajar a Bombay, localidad donde reside parte de su familia, para pedir una segunda opinión médica.

14) Que los resultados de las pruebas que se realizan en dicha localidad fueron una disminución de la captación a 3,2 del bulto de la parte derecha de la ingle y en lo referente al bazo, no tenía ninguna lesión, simplemente aparecía un poco inflamado.

15) Que el médico que lo atiende le comenta que no tenía absolutamente nada y no era necesario hacer una biopsia del bulto de la ingle puesto que el mismo era natural y además éste atribuye la diferencia que hubo entre los resultados de

noviembre de 2008 y enero de 2009 a los antibióticos para la gripe que había tomado durante el mes de diciembre de 2008 a causa de un virus.

(...)

17) Que en el mes de marzo de 2009, a petición de su médico de Valencia, acude a H.S.C., para realizarse una ecografía del bulto de la ingle en cuyo informe se refleja que corresponde a un ganglio por naturaleza reactiva y por lo tanto es totalmente natural.

18) Que con fecha 25 de junio de 2009 vuelve a someterse a la prueba del PET/Tac en Valencia en el Hospital N. y los resultados fueron una disminución a 2,6 en la captación y en lo referente al bazo, se había formado un bazo accesorio que también entraba dentro de la normalidad, con lo cual se confirmaba el diagnóstico de que no padecía ninguna enfermedad cancerígena.

19) Que para tener la certeza absoluta el 9 de septiembre de 2009 se somete a una intervención en la que le extirparon el bulto de la parte derecha de la ingle, tales bultos se enviaron al laboratorio donde certificaron que los mismos eran naturales.

20) Que como consecuencia de lo expuesto él y su familia han sufrido daños y un sufrimiento psicológico innecesario al haber sido diagnosticado erróneamente de cáncer y de supervivencia incierta puesto que según el centro hospitalario no había garantías de cura (...).

21) Que el 29 de octubre de 2009 acude a la unidad de psicología psiquiatra del Centro G., de Santa Cruz de Tenerife en el que se obtiene un diagnóstico en el que se comprueba que el paciente ha padecido entre enero y julio de 2009 un trastorno depresivo mayor (...)."

Se solicita una indemnización de 9.410,59 euros por los daños psicológicos (depresión mayor) 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 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 18 de enero de 2010 se identifica el procedimiento y se insta al interesado a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación y la proposición de pruebas, en su caso. Tras ser notificado el 20 de enero de 2010, el reclamante vendrá a aportar lo solicitado el 4 de febrero de 2010 solicitando en este momento varias pruebas testificales.

- Por Resolución de 15 de febrero de 2010 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación del interesado, acordando, asimismo, la remisión del expediente para su tramitación a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Canarias, lo que se rectifica el 25 de marzo de 2010 por pertenecer el informe del que se extrae el diagnóstico "erróneo" por el que se reclama al Hospital Universitario Ntra. Sra. de La Candelaria.

De este trámite recibe notificación el interesado el 9 de marzo de 2010. El 30 de marzo de 2010 se le notifica la remisión del expediente al Hospital Universitario Ntra. Sra. de La Candelaria.

- Por escrito de 15 de febrero de 2010 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, que lo emite el 9 de octubre de 2012, tras haber recabado la documentación necesaria.

- El 30 de marzo de 2011 el interesado presenta escrito en el que solicita impulso del procedimiento.

- Asimismo, el interesado presenta escrito el 25 de abril de 2011 en el que informa de su cambio de nombre en el Registro Civil, aportando al efecto certificación literal del mismo confirmatoria del cambio.

- Nuevamente, por escrito presentado el 22 de marzo de 2012, el reclamante insta el impulso del procedimiento. Se da respuesta al mismo por la Directora del Servicio Canario de la Salud, el 5 de abril de 2012 (con notificación de 13 de abril de 2012), haciendo saber al interesado que se está a la espera de la emisión del preceptivo informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, cuya solicitud se ha reiterado en varias ocasiones.

- A efectos de dictar acuerdo probatorio, el 19 de octubre de 2012 se requiere al reclamante para que aporte lista de preguntas para el interrogatorio de los testigos. Tras recibir notificación de ello el reclamante el 23 de octubre de 2012, la aporta el 6 de noviembre de 2012.

- El 13 de noviembre de 2012 se dicta acuerdo probatorio, en el que se declara la pertinencia de las pruebas propuestas y se abre periodo probatorio para la realización de testificales. Se notifica al interesado el 21 de noviembre de 2012.

- Tras ser citados los testigos, se realiza testifical el 10 de diciembre de 2012, salvo a J.O.R.M., por no haber sido notificado tras dos intentos infructuosos, y a los Doctores M.G. y U.G., del Hospital N., de Valencia, que, por escritos de 28 de noviembre de 2012, excusan su asistencia y se ratifican en sus informes emitidos en el asunto.

- El 18 de diciembre de 2012 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, recibiendo notificación el reclamante el 26 de diciembre de 2012.

Así, mediante fax de 9 de enero de 2013, el interesado solicita copia de las testificales, y, por comparecencia personal realizada en la misma fecha, examina el expediente y solicita copia de determinada documentación, que se le entrega en el mismo acto.

No consta la presentación de alegaciones.

- El 23 de enero de 2013 se emite Propuesta de Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, desestimando la pretensión del interesado, emitiéndose borrador de Propuesta de Resolución por la Dirección Gerencia del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria, en el que no consta fecha. La Propuesta de Resolución es elevada a definitiva el 5 de marzo de 2013, tras haber sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico el 1 de marzo de 2013.

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión del reclamante. Se señala en la misma:

“A la vista de la historia clínica del paciente y de los informes recabados cabe concluir lo siguiente:

1) En cuanto al diagnóstico erróneo o falso diagnóstico al que alude el interesado en su reclamación se detecta error en la fecha ya que parece referirse al diagnóstico de 27 de noviembre de 2008 y no al 2009. Puntualizado lo anterior no se aprecia error de diagnóstico y ello en base a lo siguiente:

- El PET/TAC en noviembre de 2008 objetiva varios focos hipermetabólicos y se informa enfermedad tumoral maligna linfomatosa, recomendándose la biopsia a fin de confirmar el hallazgo del PET. Como indica el informe del Servicio de Ontología

del HUC un paciente con los antecedentes mencionados (diagnosticado de linfoma de Hodgkin en el 2003) tiene más de un 10% de posibilidades de presentar una recidiva del linfoma. Asimismo en enero de 2009 el Jefe del Departamento de Medicina Nuclear de J.H., de Bombay aconseja, igualmente, biopsia y aclara "el hecho de que afortunadamente la biopsia fuera negativa y por tanto nos encontremos ante un falso positivo del PET, que no es inusual dado que este tipo de exploración al ser altamente sensible produce un porcentaje no despreciable de falsos positivos".

- Por otra parte el informe del Servicio de Medicina Nuclear del HUNSC confirma lo anterior indicando que estudio del PET/CT de noviembre de 2008 continuaban observándose lesiones adenopáticas inguinales e ilíacas derechas cuya actividad metabólica había aumentado por lo que el juicio diagnóstico más probable era el de afectación tumoral maligna de dichas adenopatías.

- Los hallazgos descritos en la técnica por imagen han de ser complementados con otras técnicas de imagen y confirmados mediante un estudio anatomopatológico. En este caso el paciente en lugar de realizarse la biopsia de los ganglios solicita una segunda opinión demorándose de forma innecesaria el diagnóstico definitivo.

Por lo anterior no cabe apreciar error en el diagnóstico. Las imágenes derivadas del PET como señalan las consideraciones técnicas del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones "tienen sus limitaciones en cuanto a la detección de la enfermedad de muy bajo grado de malignidad debido precisamente a una menor avidéz por la glucosa del mismo modo también puede mostrar zonas de elevada actividad celular de causa benigna como inflamación o infección que serán causas potenciales de falsos positivos". Es por lo que no procede identificar falso positivo con falso diagnóstico como hace el interesado en su reclamación no existiendo en este caso un error de diagnóstico sino un juicio diagnóstico probable que precisaba para su verificación la realización de una biopsia (STSJ de Andalucía, Sevilla núm. 664/2010 de 4 junio SUR 2011\124543).

2) En directa conexión con lo anterior en relación a la inobservancia de la *lex artis* a la que alude al paciente, en primer lugar no se concreta a qué se refiere la inobservancia, es decir en qué consiste la vulneración de la *lex artis* que alega, y por ello obviamente tampoco queda acreditada. Como ya se ha explicado anteriormente se actuó como requiere la buena práctica médica para este tipo de casos. El paciente recibió la asistencia correcta desde el 2003 hasta su traslado a Valencia (a partir del 2005). Posteriormente a su regreso (desde el 2008) se llevó a cabo el seguimiento

que demandaba su caso a través de las correspondientes revisiones. Se efectuaron todas las pruebas necesarias y finalmente la biopsia era la prueba indicada (fue recomendada desde noviembre de 2008 siendo rechazada por el interesado quien buscó una segunda opinión por parte del Jefe del Departamento de Medicina Nuclear de J.H., de Bombay que aconseja igualmente la realización de la biopsia en enero de 2009) para verificar el diagnóstico de imagen. Todo ello era necesario a fin de evitar males mayores que podían (de haber sido el caso) haber puesto en peligro la vida del paciente. Es por lo que queda suficientemente acreditado el respeto absoluto a la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada al reclamante habiendo puesto a su disposición todos los medios técnicos y humanos para garantizar su salud actuando en todo momento con la cautela y la prudencia necesarias.

En cuanto al daño por el que reclama (trastorno depresivo mayor) la Sentencia TSJ Castilla y León 862/2012 de 4 de mayo subraya la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo en SSTs como las de 7 junio y 22 diciembre 2001, 14 octubre 2002 y 19 julio 2004 (y que resulta también de la Doctrina del Consejo de Estado) según la cual en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable) sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar en todo caso la sanidad o la salud del paciente. Así pues sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *lex artis* responderá la Administración de los daños causados, en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado”.

A lo que añade la Propuesta de Resolución: “En este caso de la documentación obrante en el expediente el daño no queda suficientemente acreditado como expone el Servicio de Inspección y Prestaciones en su informe de 9 de octubre de 2012 ni se prueba fehacientemente que derive directamente del diagnóstico de cáncer que recibió (...)”.

2. En el caso que nos ocupa, como ha señalado adecuadamente la Propuesta de Resolución, cabe señalar que el interesado reclama por un daño psicológico (depresión mayor) que atribuye a la información de un diagnóstico de cáncer, sin padecerlo.

Sin embargo, si bien se puede afirmar que el reclamante ha sufrido el daño que alega, como señala la Propuesta de Resolución, no se acredita que sea consecuencia del diagnóstico recibido. Pero, en todo caso, aun si así fuera, tal daño no goza de la nota de antijuridicidad que es precisa para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración, debiendo ser soportado por el reclamante. Y ello porque se detrae del expediente que la Administración Sanitaria ha actuado conforme a las exigencias de la *lex artis*.

No se produjo en el presente caso un error de diagnóstico, sino un falso positivo, esto es, el PET/TAC en noviembre de 2008 objetivaba varios focos hipermetabólicos, señalando al efecto el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, que las imágenes derivadas del PET *“tienen sus limitaciones en cuanto a la detección de la enfermedad de muy bajo grado de malignidad debido precisamente a una menor avidéz por la glucosa del mismo modo también puede mostrar zonas de elevada actividad celular de causa benigna como inflamación o infección que serán causas potenciales de falsos positivos”*. Derivado de ello, se informa de un juicio diagnóstico no erróneo, sino coherente con las imágenes del PET, mas, precisamente por las limitaciones de esta prueba, la doctora que informa advierte de la necesidad de completar el estudio con otras pruebas, por lo que se recomendó la realización de una biopsia a fin de confirmar el hallazgo del PET. Ello supone una correcta actuación médica, dados los antecedentes del paciente, que en 2003 ya había sido diagnosticado de linfoma de Hodking, ante la posibilidad de recidiva de la enfermedad.

No es cierto que en Bombay se le dijera al interesado que no había que realizar biopsia, pues, como pone de manifiesto el informe de 14 de mayo de 2012, del Jefe del Servicio de Oncología Médica del HUC, la recomendación de biopsia también fue realizada por el DR. V.R.L., Jefe del Departamento de Medicina Nuclear de J.H., en Bombay, en cuyo informe, tras realizar la descripción dice (tal y como se traduce por en el informe de 14 de mayo de 2012): *“aconsejo biopsia de ganglio linfático inguinal derecho (para excluir linfoma especialmente en vista de la historia de linfoma)”*.

Y es que, con los antecedentes del paciente, no era despreciable el falso positivo derivado del PET, prueba cuyos resultados siempre son confirmados por biopsia posterior, máxime en el caso del paciente que ahora reclama.

Y tal es la precaución en casos de falsos positivos con antecedentes, que el propio reclamante, a pesar de tener un diagnóstico de Bombay en el que se afirmaba

que no tenía nada, según manifiesta, continúa realizándose las pruebas necesarias a fin de determinar con exactitud el diagnóstico, tanto en Tenerife como en Valencia, llegando incluso a someterse a una intervención quirúrgica en la que se extirpa el bulto de la ingle para analizarlo, lo que, finalmente lo dejó “tranquilo”.

Es este proceder el correcto, completar el estudio inicial. Mas, el reclamante abandonó nuestra Sanidad acudiendo a una segunda opinión médica en Bombay, sin terminar el estudio solicitado en el HUC. Así, consta en la historia clínica del paciente que el 8 de enero de 2009 se solicita esplenectomía, biopsia de adenopatía ilíaca y biopsia hepática de cuña. Y el 12 de enero de 2009 se solicita nuevo PET de seguimiento. Mas, el interesado interrumpe la asistencia sanitaria en Tenerife y el 13 de enero de 2009 solicita segunda opinión en Bombay, donde se le hace exactamente lo mismo se le iba a hacer en Tenerife y que él interrumpió, no permitiendo completar el estudio en las fechas previstas.

Por otra parte, como se señala en el informe de 16 de abril de 2010, de la Dra. C.G., en relación con el bazo, *“se recomendó completar el estudio de las dos lesiones descritas en bazo las cuales eran de dudoso valor patológico, no mencionándose en ningún momento un origen maligno de las mismas”*.

Todo lo expuesto prueba que en el Servicio Canario de la Salud no sólo no se dio un diagnóstico erróneo, sino que, dada la posibilidad, que fue confirmada, de la existencia de un falso positivo derivado del PET, en la búsqueda del diagnóstico definitivo se pusieron a disposición del interesado todos los medios diagnósticos necesarios, que fueron exhaustivos, tomando en consideración sus antecedentes. Si bien, el propio reclamante retrasó la determinación final del diagnóstico con su interrupción de la asistencia en nuestro Servicio Sanitario, acudiendo a Bombay para una segunda opinión médica.

Por todo ello, tal y como señala la Propuesta de Resolución, debe desestimarse la pretensión del interesado, pues no hubo error de diagnóstico sino juicio diagnóstico conforme a un falso positivo derivado de prueba objetiva, si bien se completaría el estudio para llegar a un diagnóstico definitivo, dados los antecedentes de cáncer del paciente, con pruebas posteriores cuya realización postergó el paciente al interrumpir la asistencia sanitaria del Servicio Canario de la Salud.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede desestimar la reclamación del interesado conforme a lo expresado en este Dictamen.