



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 0 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de febrero de 2014.

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 B.H.A., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 22/2014 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 22 de enero de 2014, Registro de salida del 23 y de entrada en este Consejo el 28 de enero de 2014, la Consejera 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 (RPAPRP), respecto de la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a instancia de B.H.A. (el reclamante) por los daños producidos (tratamiento penoso, esterilidad, pérdida de calidad de vida y del trabajo, secuelas síquicas) con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud, a causa de un error de diagnóstico, al confundir una infección con un cáncer.

Por los daños causados se solicita una indemnización de 223.915 euros.

2. La reclamación ha sido interpuesta por el perjudicado por presunta negligencia en la actuación sanitaria y, por ello, directamente interesado y legitimado para hacerlo, de conformidad con el art. 31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

La Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín es competente para la tramitación de este procedimiento y para proponer el correspondiente informe-Propuesta, previa a la formulación por parte de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud de la Resolución que le ponga fin, de conformidad con la Resolución de 22 de abril de 2004, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, por la que se le delega la citada competencia.

Respecto del plazo de interposición de la reclamación, la misma se formuló el 14 de noviembre de 2006. Como el alta provisional es de 17 de abril de 2006 y la última revisión es de 14 de noviembre de 2006 -el mismo día del escrito de reclamación- ésta ha sido interpuesta en el plazo legalmente dispuesto de un año (art. 4.2, segundo párrafo RPAPRP).

La reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, de conformidad con el art. 6.2 RPAPRP. 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 RPAPRP). Asimismo, consta el preceptivo informe del Servicio cuyo funcionamiento ha causado, presuntamente, la lesión por la que se reclama y que es el de Urología (art. 10.1 RPAPRP), pues la intervención del Servicio de Oncología se produjo, según se alega, por la deficiente intervención del Servicio de Urología, que erró el diagnóstico.

Se procedió asimismo a la apertura y práctica del trámite probatorio (art. 9 RPAPRP) y se dio cumplimiento al trámite de vista y audiencia final (art. 11 RPAPRP), al que, debidamente notificado, el interesado no compareció.

No obstante, respecto del trámite probatorio se ha de señalar que el acuerdo de apertura del trámite, de 12 de agosto de 2009, hace referencia a la proposición de prueba propuesta por la parte interesada mediante escrito de "21 de septiembre de 2006" -que es el de reclamación inicial, con entrada el 14 de noviembre de 2006- aceptándose la documental propuesta, que el interesado ya aportaba con el escrito inicial. La Propuesta sin embargo parece desconocer que el interesado presentó, con ocasión de la apertura del trámite de prueba, escrito de 11 de diciembre de 2006 en el que, además de la documental ya aportada, solicitaba pericial y testifical, pruebas que sin embargo no tuvieron lugar, lo que pudiera afectar a una garantía esencial del procedimiento, sin que el silencio de la parte con ocasión del trámite de audiencia pueda sanar tal omisión. Yerra pues la Propuesta cuando dice que "dado que las

mismas (pruebas) obraban ya incorporadas al expediente, se declaró concluso el periodo probatorio”, pues tal incorporación solo concernía a la documental, pero no a las otras propuestas por el interesado. No obstante, se considera, a la vista de la documentación obrante en el expediente, que tales pruebas no afectan a la cuestión de fondo, de conformidad con lo que se razona en el Fundamento III del presente dictamen.

La resolución de la reclamación es competencia de la Directora del Servicio Canario de la Salud, según el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de Ordenación Sanitaria de Canarias, de 26 de julio, puesto en relación con los arts. 142.2 LRJAP-PAC y 3.2 RPAPRP.

3. La Propuesta de Resolución, desestimatoria, se dicta extemporáneamente, no obstante lo cual sigue pesando sobre la Administración el deber de resolver expresamente (art. 42.1 LRJAP-PAC), con las consecuencias administrativas y económicas que tal proceder debe comportar (art. 42.7). La Propuesta de Resolución cuenta con la conformidad del Servicio Jurídico, que interviene según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero.

II

1. Según el interesado, acudió a su facultativo de cabecera el 23 de noviembre de 2005 por presentar “bulbo doloroso en testículo izquierdo”. Remitido a urólogo de zona, fue valorado el 9 de diciembre de 2005. El 31 de enero de 2006, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital de Gran Canaria Doctor Negrín siendo diagnosticado de “forma errónea de ORQUITIS”. La ecografía realizada el 27 de marzo de 2006 muestra “CÁNCER TESTICULAR MALIGNO DE 7 CENTIMETROS y con 1,3 centímetros de NECROSIS EXTENSA”. Ante el resultado de las pruebas, el urólogo insta el ingreso inmediato del interesado en el Hospital Dr. Negrín el mismo día 27 de marzo de 2006, siendo intervenido quirúrgicamente el día 30 de marzo de 2006 por “carcinoma de testículo”. A consecuencia del retraso en el diagnóstico correcto, quedó “finalmente estéril”.

2. La Propuesta de Resolución considera que la prestación sanitaria no tiene otra “exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de

indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento". En este caso, se concluye que "(...) la asistencia sanitaria que se dispensó al paciente se hizo de acuerdo con la *lex artis* sin que se evidencien indicios de mala *praxis*".

Se considera que "ninguna prueba se ha aportado durante el procedimiento de que la asistencia sanitaria prestada (...) se hubiera realizado de modo defectuoso, de manera que sea la causa de las secuelas sufridas por el reclamante, ni que el resultado (...) derive de que haya habido mala *praxis*, ni que esta asistencia sanitaria no fuera la adecuada al caso; por lo tanto, no puede establecerse que se haya producido una infracción de la *lex artis*, como ya se ha indicado". Por ello, se concluye que "no concurren los requisitos imprescindibles para que se genere la responsabilidad objetiva de la Administración".

3. El informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), desfavorable a la reclamación, hace constar que <<desde que acude por primera vez a los servicios sanitarios públicos el 23.11.05 hasta que es ingresado y sometido a tratamiento el 27.03.06 transcurren cuatro meses, no cinco. El estadio en que se encontraba su proceso, una vez diagnosticado, era el menor grado posible, por tanto no consta agravamiento del mismo. La afirmación que hace el reclamante "el cáncer evolucionó enormemente (...) carece de rigor". El tratamiento quirúrgico y posterior es el mismo, con independencia de los cuatro meses que transcurrieron. Las secuelas por las que reclama están en relación directa con el proceso oncológico, siendo las mismas inherentes al proceso sufrido. Desde el 16 de mayo de 2008, el reclamante realiza actividad laboral. La pérdida del trabajo que refiere desde el 28 de abril de 2006, un mes después del ingreso hospitalario a instancias del empresario es ajena a la actuación de los servicios sanitarios>>.

El informe del Servicio de Urología estima que "la enfermedad del paciente fue estudiada como pT1 N0 M0 G3 en el momento del diagnóstico patológico no existiendo estadio inferior". Que la enfermedad "haya sido calificada como pT1 N0 M0 pG3 significa que la enfermedad estaba confinada al testículo sin afectación de túnica vaginal, estructuras vasculares pediculares ni diseminación linfática ni hematogena. El grado III sí evidencia un alto grado de indiferenciación celular. Este grado no se modifica en función del tiempo transcurrido y siempre va a ser el mismo desde el comienzo de la enfermedad. Para este estadio, según se recoge en la

literatura (J. Baniel, J.P. Dono Hue, American Urológica Assotiation Update Series V1,98.41), el índice de curación se sitúa en el 98%".

De ello "se infiere que en los cuatro meses que transcurrieron desde que el paciente fue visto por el médico general hasta que fue intervenido no hubo progresión de la enfermedad. Al no haber habido progresión, esos cuatro meses no produjeron cambio alguno ni en el tratamiento ni en el pronóstico de la enfermedad".

En estos casos, "el tratamiento obligado consiste en orquiectomía inguinal". Para "decidir si se aplican además de esta cirugía otros tratamientos se recurre al estudio de factores pronósticos como el grado histológico y los niveles de marcadores tumorales. En el caso de este paciente, al tratarse de un grado histológico III con marcadores tumorales elevados, se decidió indicar un tratamiento de poliquimioterapia sistémica. Dicho tratamiento se habría aplicado igualmente cuatro meses antes, ya que, como dije en el punto anterior, en esos cuatro meses no hubo modificación en el estadio de la enfermedad, ya que es el inicial y no existen estadios inferiores".

Ciertamente, "en la orquiectomía inguinal izquierda realizada al paciente se le extirpó el testículo izquierdo, incidiendo esto negativamente en la calidad del semen del paciente a partir de entonces. Pero sabemos desde el año 1985 (Fossa et al British Journal of Urology 1985; 57:210-214) que el 55% de los pacientes a los que se diagnostica cáncer de testículo son hipofértiles. La experiencia de la Indiana University, en la fase clínica I, revela que el 45% de los pacientes tienen concentraciones inferiores a 20 millones de espermatozoides por ml en el momento del diagnóstico. Además, el 24% de los pacientes en este estadio tienen una motilidad seminal inferior al 25%. A consecuencia de ello, incluso los pacientes tratados exclusivamente con orquiectomía encuentran frecuentemente dificultades para engendrar. En el caso de este paciente y con anterioridad al inicio de poliquimioterapia se le indicó la donación de semen al banco de la Unidad de Reproducción Humana del Hospital Materno Infantil, en un intento de proteger las posibilidades de reproducción de esta persona, cuyo semen tras la orquiectomía más poliquimioterapia iba a quedar con una calidad severamente reducida. En cualquier caso, indicar que la realización de dicho tratamiento era inevitable y fue aceptada expresamente por el paciente, que conocía las consecuencias y que las aceptaba en aras de conseguir su curación".

Finalmente, concluye que “las listas de espera tanto diagnósticas como terapéuticas son inherentes a la estructura de los servicios sanitarios públicos. Siendo conscientes de ello, los profesionales implementamos mecanismos de seguridad, en muchos casos a costa de grandes esfuerzos personales, para evitar retrasos diagnósticos o terapéuticos a los pacientes con patologías graves. En el caso del paciente reclamante, el lapso temporal que transcurre entre la solicitud por parte del urólogo de zona hasta que ésta se realiza, es aceptable. A partir de ahí la profesionalidad, radiólogos, urólogos y oncólogos, hizo posible que el paciente recibiese el tratamiento que precisaba, quedando con las secuelas inevitables pero consiguiendo encontrarse hasta la fecha sin evidencia de enfermedad y con un pronóstico excelente”.

III

1. Consta que el 23 de noviembre de 2005 el interesado acudió por “lesión (ilegible) en el testículo izquierdo”, desde hace “dos meses”. “No (rectificado) doloroso”, con ruego de valoración de Urología y la anotación manuscrita “sol. estudio”, estampillado “9 DIC 2005”. El 31 de enero de 2006, el interesado acude a Urgencias por “dolor inguino testicular”, “doloroso a la palpación”, con diagnóstico de “orquitis”.

Ciertamente, el cáncer testicular puede solaparse con el síntoma de la “orquitis” (la inflamación o infección del testículo) uno de cuyos síntomas es el “dolor inguinal”, que presentaba el interesado en su consulta de 31 de enero de 2006. Desconocemos la relevancia de que el bulto sea doloroso o no, pero al margen de que hay texto ilegible, en su vista de 23 de noviembre de 2005 se solicitó “valoración” y se solicitó “estudio” el 9 de diciembre de 2005. Fue meses más tarde -tras no remitir el dolor y no mejorar con el tratamiento antibiótico que se le estaba aplicando, cuando se le realizó una ecografía que evidenciaba la presencia de un cáncer maligno del que tuvo que ser inmediatamente intervenido, con los efectos ya expuestos.

2. Puede asumirse que el error inicial fuera simplemente fruto del solapamiento diagnóstico. Sin embargo, no consta la razón por la que no se realizó antes la valoración y estudio previos, pautados, indicación que solo podía significar que el diagnóstico que se avanzaba era probable pero que necesitaba una confirmación posterior. No es que se hallara el diagnóstico correcto tras la realización de una prueba rutinaria o de comprobación; es que se había hecho indicación de valoración y estudio especializado para poder confirmar la causa del dolor, cuyo origen se

suponía era de una orquitis, lo que tuvo lugar meses después, aunque de ese retraso, según la literatura médica aportada, no se desprenden secuelas o daños conexos.

3. No se puede desconocer que el informe del Servicio de Urología señala que en el momento del diagnóstico correcto el cáncer se hallaba en el “estadio inferior”, aunque poseía un “alto grado de indiferenciación celular” (la malignidad), que sin embargo “no se modifica en función del tiempo transcurrido”. Por ello, desde que el paciente fuera visto por el médico general hasta que fue intervenido “no hubo progresión de la enfermedad” ni, por ello, “cambio alguno ni en el tratamiento ni en el pronóstico de la enfermedad”.

Por otra parte, el “tratamiento obligado” es la “orquiectomía inguinal” (al margen de la aplicación, dado el grado de malignidad, de “poliquimioterapia sistémica”, que se habría aplicado “igualmente cuatro meses antes”). Tal intervención, inevitable, ciertamente incide “negativamente en la calidad del semen del paciente”. Sin embargo, al margen de que “el 55% de los pacientes a los que se diagnostica cáncer de testículo son hipofértiles”, en este caso se le indicó al paciente, “y con anterioridad al inicio de poliquimioterapia”, la posibilidad de donación de semen al banco de la Unidad de Reproducción Humana del Hospital Materno Infantil “en un intento de proteger las posibilidades de reproducción de esta persona, cuyo semen tras la orquiectomía más poliquimioterapia iba a quedar con una calidad severamente reducida”.

Desde luego, la hipofertilidad de esta clase de pacientes no puede por sí sola justificar las acciones clínicas aplicadas -incluido el retraso de la valoración y estudio-, por lo que se trata de un argumento que en la medida que no ha sido contrastado no debiera formar parte de la motivación de la Resolución que se dicte. Tal argumento es innecesario, pues, al parecer, la aplicación de los tratamientos era “inevitable” siendo por lo demás “aceptada expresamente” por el paciente.

Los daños causados por una intervención inevitable no son antijurídicos, sin que la dilación en el tratamiento diagnóstico correcto o, incluso, el diagnóstico inicial erróneo sea relevante a efectos indemnizatorios en este caso, por cuanto no se han producido ni probado daños conexos con tales acciones cuya idoneidad resulta del solapamiento sintomático entre dolencias distintas.

El Servicio Jurídico, en su informe de 27 de mayo de 2011, plantea si el tratamiento suministrado durante los 4 meses transcurridos hasta que se detectó finalmente su patología, antibióticos, antiinflamatorios, dolencia y demanda de una

asistencia para valoración, se pudo haber traducido en un daño antijurídico que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. El SIP, el 28 de junio de 2011, informa que en la consulta del 31 de enero de 2006, diagnóstico de orquitis, coherente con la sintomatología presentada, se recomienda asimismo control por su médico de atención primaria trascurridos 10 días, sin que conste que acudiera.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se estima conforme a Derecho.