



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 170/2014

(Sección 2ª)

La Laguna, a 8 de mayo 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 G.A.C. y P.A.U., por el fallecimiento de T.U.C., como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 143/2014 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Se dictamina la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución emitida por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS) tras la presentación de una reclamación de indemnización por los daños que, se alega, se han producido por el que se considera un funcionamiento deficiente del servicio público sanitario gestionado por el SCS.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Está legitimada para producirla la Consejera de Sanidad, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. En lo que se refiere al relato de los hechos, procede remitirse a lo manifestado al efecto, de forma reiterada, en los Dictámenes 211/2012, de 27 de abril y 405/2013, de 15 de noviembre, emitidos en el ámbito del presente procedimiento.

4. Son de aplicación en el análisis a efectuar tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP), siendo una materia cuya regulación no ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias. Además, la legislación reguladora del servicio sanitario prestado, aplicable al caso, tanto la básica estatal como la autonómica de desarrollo, particularmente la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, y sus Reglamentos de desarrollo.

II

1. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación el 24 de septiembre de 2007, efectuada por la afectada. Tras su fallecimiento, sus herederos se subrogaron en el ejercicio de su derecho indemnizatorio, comunicándolo mediante escrito al efecto de 7 de julio de 2008.

El día 14 de marzo de 2012, se emitió Propuesta de Resolución, que fue objeto del Dictamen de forma 211/2012, de 27 de abril, por el que se solicitaron informes complementarios a emitir por especialistas en Ginecología y Oncología, distintos de los actuantes y pertenecientes al SCS, relativos a diversas cuestiones suscitadas en relación con los hechos alegados, remitiéndose los mismos con posterioridad.

El 12 de septiembre de 2013, se emitió Propuesta de Resolución, que, a su vez, fue objeto del Dictamen 405/2013, solicitándose nuevamente dichos informes, puesto que los remitidos no eran más que meros resúmenes de lo acontecido y no contestaban a las cuestiones planteadas por este Consejo Consultivo.

Además, se solicitó otro informe complementario, el cual sí se remitió adecuadamente, pero no lo fueron los citados informes complementarios que debían emitir especialistas en Ginecología y Oncología sobre las cuestiones requeridas.

El día 4 de abril de 2014, tras el trámite de vista y audiencia a los reclamantes, se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, habiendo vencido el plazo resolutorio establecido para resolver los procedimientos administrativos por la normativa aplicable (art. 42.2 LRJAP-PAC y el art. 13.3 RPAPRP), sin justificación alguna para una dilación tan excesiva de dicho plazo.

2. Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 139 y 142 LRJAP-PAC).

III

1. La nueva Propuesta de Resolución desestima la reclamación, manteniendo la Administración que no se ha aportado ninguna prueba durante el procedimiento que permita demostrar que la asistencia sanitaria prestada a la interesada se hubiera realizado de forma defectuosa, ni que el resultado derive de una mala *praxis* o de una infracción de la *lex artis*, siendo el resultado final el normal desenlace de su grave patología.

2. En lo que se refiere al fondo de este asunto, es preciso tener en cuenta que la Administración, pese a requerírsele en dos dictámenes previos, no remitió la información solicitada, que, como se verá posteriormente, está ligada a la acreditación fehaciente de la adecuada actuación de los servicios sanitarios.

Sin embargo, es necesario entrar en el fondo no sólo porque obran en el expediente los suficientes elementos fácticos para hacerlo, sino porque se quiere evitar por parte de este Consejo dilatar aún más el procedimiento, iniciado hace cerca de 7 años, cuando aún vivía la madre de los interesados.

3. Así, resulta suficientemente probado que la fallecida presentó, desde marzo de 2006 en grado creciente y de forma no controlada, síntomas propios de la dolencia que causaría su muerte, dolor, distensión abdominal, inflamación pélvica, reglas abundantes y dolorosas, no constando que los padeciera con anterioridad a esa fecha, lo que motivó que su médico de cabecera ante tal anormalidad, en dos ocasiones, la remitiera a un especialista en Ginecología, haciéndolo de forma preferente y urgente la segunda vez.

Sin embargo, en ninguna de estas dos ocasiones se le efectúa una ecografía abdominal, al menos con la finalidad de descartar una patología como la que le causó la muerte, considerándose óptimo su estado de salud.

4. En relación con este último hecho indubitado, en el informe del Jefe del Servicio de Oncología del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria se afirma que en términos generales el tiempo de crecimiento de una tumoración maligna -cuyo diámetro, observado en la ecografía que se le efectuó a la fallecida el 19 de octubre de 2006, era de 17x10 cm.- debe ser de meses, nunca de días.

Además, en el informe del Jefe del Servicio de Ginecología de dicho centro hospitalario se afirma, por un lado, que el carcinosarcoma es un tumor muy agresivo y que debía mostrar síntomas clínicos y ecográficos antes de la ecografía efectuada

el 19 de octubre de 2006, cuando se le detectó a la interesada; sin embargo, al no hacerse las indicadas ecografías desde las primeras visitas al ginecólogo tales síntomas no pudieron ser detectados, como deberían haberlo sido de haberse actuado correctamente.

Por otro lado, dicho Dr. señala que el tumor observado el día 19 de octubre tuvo que estar necesariamente presente en la ecografía del 16 de octubre, pero no se observó por el especialista que la realizó, sin que se haya demostrado de forma objetiva que el resultado deficiente de esta primera ecografía se debiera a alguna causa que lo justificara suficiente y válidamente.

5. Por lo tanto, la fallecida presentó durante meses los síntomas del cáncer que le llevaría a su muerte, sin que se empleara con ella los medios diagnósticos adecuados, es decir, la correspondiente ecografía, y cuando se utilizó por primera vez el día 16 de octubre de 2006 no se hizo de forma correcta, pues no se observó la existencia de un tumor de 17x10 cm., que según los propios médicos informantes del SCS, por su características, tuvo que haber mostrado síntomas ecográficos antes del día 19 de octubre.

Todo ello indica una mala praxis derivada de la omisión de los medios diagnósticos precisos, con los que cuenta el SCS, para detectar el cáncer de la fallecida y del uso inadecuado de los mismos.

6. Esta actuación deficiente implicó, en primer lugar, un evidente error de diagnóstico, pues, como consta en la documentación adjunta al expediente, el ginecólogo al que fue remitida con carácter urgente por presentar síntomas propios de una grave dolencia -pocos meses antes de que se detectara tardíamente el cáncer que padecía (cuyo crecimiento es de meses como indican los propios médicos del SCS)- consideró que su estado ginecológico era normal y que no presentaba signos de enfermedad alguna, a la vez que, por razones obvias, constituye un también diagnóstico tardío.

En consecuencia, el error de diagnóstico le privó de expectativas de curación (al menos desde marzo de 2006), lo que comporta *per se* un daño antijurídico y que puede encuadrarse en la llamada "doctrina de la pérdida de oportunidad", sobre la que se ha manifestado este Consejo Consultivo, por ejemplo, en el Dictamen 298/2013, de 18 de septiembre, señalándose que dicha doctrina ha sido acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, haciéndose referencia en él, lo siguiente:

«(...) las Sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. En estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable.

Sobre esta cuestión, la STS de 12 de julio de 2007 tras declarar que "hubo un error de diagnóstico al no valorarse adecuadamente que el paciente sufría un infarto, error que se produjo por una evidente mala praxis médica, al no tener en cuenta padecimientos de aquel, que hubieran debido ser necesariamente considerados por su gravedad, en función de los síntomas con los que aquel acude a la consulta médica", añade que "Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica (...) se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado". En estos casos, señala la citada sentencia, es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable.

En esta línea, la STS de 7 de julio de 2008, señala que "no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación (...). Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la "facilidad de la prueba", aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas".

Las SSTS de 16 de enero de 2012, 16 de febrero de 2011 y 23 de setiembre de 2010 nos recuerdan que "basta con cierta probabilidad de que la actuación médica

podiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias".

Las SSTs de 11 de junio, 9 de octubre de 2012 y 19 de octubre de 2011 nos indican que la pérdida de oportunidad, "se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo"».

A la vista, pues, de la doctrina jurisprudencial que acaba de exponerse, ha de concluirse que en el presente caso concurre esta pérdida de oportunidad con una evidente quiebra de la *lex artis ad hoc* por los motivos que se han expresados en el presente Fundamento.

7. Por tales razones, se aprecia la inequívoca existencia de relación de causalidad entre la actuación del servicio público y el daño reclamado, toda vez que el resultado final deriva exclusivamente de su incorrecto funcionamiento. En consecuencia, la Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, es contraria a Derecho en virtud de lo manifestado con anterioridad.

Así mismo, en lo que se refiere a la indemnización que les corresponde a los interesados, en aplicación de las tablas de valoración contenidas en la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de 17 de enero de 2008, y teniendo en cuenta a tales efectos que la afectada tenía menos de 65 años cuando se produjo su fallecimiento, cabe afirmar que al esposo de la fallecida se le debe indemnizar con 103.390,06 euros y a la hija, nacida en 1985, que en 2008 era mayor de edad y tenía menos de 25 años, le corresponde una indemnización de 17.231,67 euros.

Además, ambas cuantías han de ser actualizadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiendo estimarse la reclamación interpuesta e indemnizar a los interesados en los términos que han quedado expuestos en el Fundamento III.7.