



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 401/2014

(Sección 1ª)

La Laguna, a 7 de noviembre de 2014.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 346/2014 IDS)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución (PR) del procedimiento de exigencia de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS) iniciado por (...), en representación de su marido (...), en solicitud de una indemnización de 385.000 euros.

2. La cuantía de la indemnización que se reclama determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

3. Conforme al art. 13.3 Reglamento de Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del

---

\* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

procedimiento es de seis meses, plazo que se ha superado en este procedimiento; sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la Resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC en relación con los arts. 43.3.b) y 142.7 de la misma.

## II

1. Doña (...) presentó el 16 de diciembre de 2011 en la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad un escrito titulado "reclamación patrimonial" en que refería lo siguiente:

*«Mi esposo, (...), fue diagnosticado "de un cáncer de páncreas, el día 6 de octubre del 2010. Este diagnóstico fue dado por un médico privado, el Dr. (...), después de visitar a su médico de cabecera la Dra. (...), del Centro de Salud del Puerto. Durante 6 meses, esta Dra. le diagnosticó DM 2, le dijo que bajara peso y que siguiera un control de glucemia con la enfermera, además de recetó METFORMINA, yo le comenté en varias ocasiones que por favor viese de donde procedía la glucemia, no había ni antecedentes familiares, su respuesta fue, "SU MARIDO ES DIABETICO (...) ASUMALO", tras varios meses de visitas y quejándose de dolor abdominal, en forma de cinturón, le dijo que suspendiera el tratamiento de la metformina y tomara ibuprofeno para el dolor (en los informes de esta Sra. no viene reflejado que mi esposo sentía dolor), se le olvidaría indicarlo, puesto que estaba muy pendiente de su ordenador, ya que por esas fechas estaban cambiando el sistema informático del centro.*

*Pasó el verano y mi esposo cada vez estaba peor, fuimos al médico que anteriormente cito, y de inmediato le mandó una ecografía abdominal, diciéndonos que nos esperaba en su consulta esa misma tarde, el diagnóstico fue clarísimo, de inmediato, ese mismo día ingresó en el Hospital Dr. Negrín, donde no me dieron esperanzas de ningún tipo, pasaría la Navidad, pero el Año Nuevo era improbable. Mi esposo ajeno en ese momento de la gravedad, aunque sabiendo la enfermedad que tenía, le dijo a los médicos que hicieran lo posible para ayudarlo, él por su parte iba a poner todas las fuerzas que tenía, y así ha sido.*

*Empezó el calvario de quimioterapia, radioterapia y pruebas de forma continuada, hasta que la oncóloga, me confirmó lo que ya le había adelantado a mi esposo el cirujano, Dr. (...), que no había posibilidad de operación puesto que estaba muy avanzado y el tronco celiaco junto con la arteria esplénica estaban infiltrados y el protocolo descartaba la operación.*

*No nos rendimos y con su historial debajo del brazo me fui a Valencia, mi ciudad, hospital por hospital, y puerta por puerta, llamé hasta que una se abrió. El Hospital Clínico Universitario de Valencia. Allí trabaja incansablemente un cirujano y hombre excepcional, el DOCTOR SABATER. Operó a mi esposo con riesgo, pero no había más solución, después de 5 meses en Valencia, 30 días ingresado, complicaciones y 19 días más de ingreso, por fin llegamos a casa.*

*Sigue con quimioterapia, después de pasar lo que solamente mi esposo sabe, lo que está pasando y lo que le queda.*

*Un hombre sano, fuerte, deportista, trabajador y recién prejubilado, con la ilusión de hacer todo aquello que no habla podido hacer durante 40 años de trabajo continuado e ininterrumpido en la misma empresa, se ve en la situación más desagradable y dolorosa de su vida, por una MALA PRAXIS, de una Sra. que bien poco tiene que ver con la medicina».*

2. A pesar de su calificación como reclamación patrimonial por quien la suscribía, el escrito no contiene una pretensión de indemnización, sino una queja sobre la actuación de la médico de familia que atendió al marido de la firmante del escrito. De su tenor es patente que se trata de una reclamación o queja de las reguladas por el Decreto 94/1999, de 25 de mayo, "por el que se regula la estructura y funcionamiento de la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios y la tramitación de las reclamaciones, iniciativas y sugerencias en el ámbito sanitario" y no una reclamación de las que hayan de seguir el específico procedimiento regulado por el RPAPRP ya que carece de los requisitos que exige el art. 6 del mismo.

Sin embargo, la mencionada Oficina la calificó de reclamación patrimonial y la trasladó a la Secretaría General Técnica que también aceptó dicha calificación y requirió a la suscribiente de la queja para que, entre otras cuestiones, acreditara la representación de su marido, cuantificara la indemnización y propusiera prueba. Sin embargo no la requirió para que identificara las lesiones por las que reclamaba y el nexo causal con la asistencia sanitaria prestada.

Doña (...) cumplió con el requerimiento aportando una escritura notarial de poder especial por la cual su marido le otorgaba su representación en el procedimiento de reclamación patrimonial al Servicio Canario de la Salud y propuso como prueba los documentos e informes aportados con su primer escrito y la copia impresa de los correos electrónicos que dirigió a la Consejería de Sanidad quejándose

de la asistencia de la médica de asistencia primaria que atendió a su marido y del correo electrónico que le remitió el Jefe del Gabinete de la Consejera indicándole que presentara su reclamación ante la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios (ODDUS). Como prueba testifical propone el interrogatorio de las partes.

3. De estos antecedentes resulta claro que se reclama por la mala praxis de la facultativa de asistencia primaria. Esa mala praxis estribó, según se alega, que la médica no sospechó que el paciente pudiera adolecer de un carcinoma de páncreas a pesar de que éste le manifestó que sufría de dolor abdominal. La mala praxis que se alega consiste pues en un error de diagnóstico.

4. En el escrito también se refiere que tanto en el Hospital Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín (HUGCDN) del Servicio Canario de la Salud, como en otros hospitales de la Agencia Valenciana de Salud (AVS) consideraron que, dadas las características del carcinoma de páncreas del paciente, era imposible su resección quirúrgica, juicio que no compartió un facultativo del Hospital Clínic Universitari de Valencia, también de la AVS, donde lo intervino quirúrgicamente el 17 de mayo de 2011.

De los términos del escrito de reclamación no se desprende que se califique como mala praxis la decisión de no intervenir quirúrgicamente que adoptaron los facultativos del HUGCDN y los de otros hospitales valencianos.

5. El 10 de febrero de 2013 el paciente, con diagnóstico de carcinoma de páncreas, además de metástasis hepáticas y pulmonares, es remitido por el Servicio de Oncología del HUGCDN al Servicio de Cirugía General, donde, pese a que se controlan los síntomas, evoluciona desfavorablemente, falleciendo por fracaso multiorgánico a consecuencia de su enfermedad neoplásica el 15 de febrero de 2013.

6. Ni en el escrito por el que se inició el procedimiento, ni durante la tramitación de éste se han especificado las lesiones causadas por el error de diagnóstico que se le imputa a la facultativa de asistencia primaria. Para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial del servicio público de salud no basta que sus facultativos hayan incurrido en un error de diagnóstico; es necesario, además, que éste haya causado unas lesiones concretas, determinadas y probadas; como, por ejemplo, que el error haya permitido el desarrollo y agravamiento de la enfermedad, que haya impedido su cura, que la haya retrasado, o que haya obligado a la aplicación de tratamientos con efectos iatrogénicos que no hubieran sido necesarios de no haberse incurrido en el error de diagnóstico. Éste no causa la

enfermedad, la cual en sí misma no es una lesión indemnizable aunque se haya producido aquél, porque la enfermedad es un riesgo general de la vida que no es causado por el servicio público de salud. Tampoco es curable siempre y en todo caso, dadas las limitaciones del conocimiento médico y la caducidad de la vida humana, por la asistencia sanitaria prestada por el servicio público de salud. Por esta razón, para la prosperabilidad de una pretensión resarcitoria fundada en un error de diagnóstico es imprescindible alegar y probar que el error ha agravado los efectos dañosos de la enfermedad o impedido o retrasado su cura.

Esto es así porque, conforme al art. 139.1 LRJAP-PAC, para el nacimiento del derecho a indemnización no basta con que el servicio haya funcionado anormalmente, sino que es preciso además que esa falta del servicio haya causado un daño que, según el art. 141.1 LRJAP-PAC, no tenga el deber jurídico de soportar o que no se hubiera podido evitar según el estado de los conocimientos científico-técnicos existentes en el momento de su producción.

Como se indicó, en el presente procedimiento no se han identificado las lesiones que hayan podido producir el error de diagnóstico alegado, lo cual impide tanto la determinación del nexo causal como la cuantificación de la indemnización y el examen de si se ha presentado dentro de plazo.

7. El procedimiento se inició por el reclamante representado por su esposa. El 15 de febrero de 2013, falleció el reclamante. El 15 de julio de 2013, la Administración dirigió a su representante un oficio solicitándole que concretara la prueba testifical que había propuesto mediante la identificación de los testigos y presentación del pliego de preguntas. El 7 de agosto de 2013, (...) propuso como testigo a la médico de asistencia primaria de su marido, a la cual le imputa la reclamación el error de diagnóstico, presentó el pliego de preguntas y aportó las fotocopias de las páginas de la agenda de su marido correspondientes a los días 9 y 10 de febrero, 7 a 9, 14 a 16 y 21 a 23 de junio, 5 a 7, 9 a 11 y 16 a 21 de agosto, 6 a 11 y 23 a 25 de septiembre, 4 a 6 de octubre del año 2010.

En su escrito justifica la aportación de estas fotocopias de la agenda de su marido porque éste *“durante toda su vida anotaba sus cosas”*, y que esas fotocopias contienen *“sus anotaciones al respecto de la enfermedad”*.

El instructor no rechazó ni tachó como prueba las fotocopias de la agenda, que quedaron incorporadas como prueba documental y el 4 de noviembre de 2013 dictó un acuerdo por el que abrió el período probatorio, admitió la prueba documental y

testifical propuesta por (...), la prueba documental incorporada al expediente consistente en la copia de las historias clínicas del interesados obrantes en la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria, en el HUDGCDN, en el Hospital Clínic de Valencia, los informes de 13 de junio de 2011, de alta del servicio de cirugía general; de 5 de marzo de 2012, de la médico de asistencia primaria mencionada; y de 3 de julio de 2013, del Servicio de Inspección y Prestaciones.

El 21 de noviembre de 2013, se realizó, con la asistencia de (...), la prueba testifical.

El 10 de diciembre de 2013, se dictó acuerdo abriendo el trámite de vista del expediente y audiencia.

El 31 de diciembre de 2013, dentro del referido trámite, (...) presenta escrito de alegaciones donde expresa lo siguiente:

*“Única.- Que en aras de evitar repeticiones innecesarias damos por íntegramente reproducidas todas y cada una de las alegaciones por mí realizadas en este procedimiento así como el contenido de la documentación obrante en el mismo, interesando que se continúe el presente expediente por los trámites que correspondan para que, una vez realizadas las diligencias pertinentes, se dicte Resolución por la que se declare la concurrencia en el presente caso de responsabilidad patrimonial de la Administración”.*

8. El procedimiento se inició por el reclamante representado por su esposa. Posteriormente aquél falleció el 15 de febrero de 2013 con lo que, conforme al art. 1.732.3º del Código Civil, su representación por su esposa quedó extinguida. Sin embargo, ésta continuó actuando en el procedimiento sosteniendo la pretensión inicial como resulta de que no compareció en él en su propio nombre y reclamando por el fallecimiento de su marido; y como resulta de su escrito de alegaciones en el trámite de vista y audiencia donde expresamente manifiesta que reproduce las alegaciones formuladas a lo largo de la tramitación del expediente, que como se ha señalado eran las realizadas por ella en nombre de su marido y las cuales, lógicamente, no alegaban como lesión el fallecimiento de éste.

9. La mera continuación de la intervención en un procedimiento de una persona en representación de otra que falleció con posterioridad a la iniciación de aquél sin modificar en nada la causa de pedir que sustenta la reclamación de que se trata, sino que al contrario reproduce las alegaciones iniciales sin imputar el fallecimiento del

inicial reclamante al funcionamiento del servicio público de salud y, por ende, sin reclamar indemnización alguna por dicho óbito, imponen considerar que, mediante la continuación de su intervención en el procedimiento, esta intervención es ahora a nombre propio y que está reclamando lo que le era debido a su marido, es decir, que reclama a título sucesorio *mortis causa* y no como perjudicada.

Al mantener como hecho imputable al funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria el que constituía la causa de pedir del reclamante inicial, solo puede aceptarse de la esposa interviniente, cuya representación de aquél se ha extinguido, una legitimación activa *iure hereditatis*; lo que significa que continúa con la reclamación de su cónyuge a título de heredera y causahabiente del mismo, pretendiendo la satisfacción del derecho resarcitorio del marido. Se trata de una sucesión procedimental determinada por la transmisión del derecho substantivo subyacente regulada en el art. 31.3 LRJAP-PAC en los siguientes términos: “Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.

Según los arts. 657, 659 y 661 del Código Civil, los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones; y la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte.

El interesado inicial reclamaba por una lesión, sin precisar, de su derecho a la protección de su salud. Éste es un derecho personalísimo que se extingue con su fallecimiento y por tanto no es transmisible. Pero la lesión de ese derecho genera un derecho de resarcimiento de contenido económico y por tanto transmisible, como resulta del art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) que al regular la acción directa contra el asegurador de la responsabilidad patrimonial por daños confiere legitimación tanto al perjudicado como a sus herederos. Esta referencia expresa a los herederos tiene por presupuesto la patrimonialidad del derecho al resarcimiento y por tanto su transmisibilidad.

No hay por consiguiente obstáculo legal a la legitimación activa de la viuda a título hereditario, pero no constando en el expediente que sea la única heredera de su marido, mientras no acredite la condición de única heredera, hay que considerar que actúa en beneficio de la comunidad hereditaria conforme a la constante y uniforme jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que reconoce

legitimación activa a cualquier comunero para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad (SSTS de 15 de enero de 1988, de 14 de marzo de 1994, y de 7 de diciembre de 1999, entre otras muchas).

Esto significa que en casos similares al presente de sucesión procedimental, si procediere la estimación total o parcial de la pretensión resarcitoria el beneficiario de esa eventual estimación deberá ser la comunidad hereditaria pero no el único compareciente, en tanto no acredite su condición de único heredero.

### III

1. La reclamación se fundamenta en que la médica de Medicina Familiar y Comunitaria del Servicio Canario de la Salud, a la cual correspondía prestar asistencia primaria al reclamante, durante los seis meses previos al 6 de octubre de 2010, fecha en la que se le diagnosticó un cáncer de páncreas, le diagnosticó una diabetes mellitus tipo 2, a pesar de que el paciente se quejaba durante meses de dolor abdominal en forma de cinturón.

Del tenor del escrito de reclamación se infiere que la reclamante sostiene que el síntoma dolor abdominal en forma de cinturón debió haber inducido en la facultativa la sospecha de que el paciente adolecía de un cáncer de páncreas y que por ello debió haber ordenado la práctica de pruebas médicas que permitieran confirmar o descartar esa sospecha.

Como prueba de que el paciente durante seis meses sufrió de dolor abdominal en forma de cinturón y de que la doctora despreció ese síntoma se ha aportado la historia de salud en atención primaria del paciente y las hojas de su agenda que se han mencionado más atrás.

En la agenda la primera referencia a un dolor en la zona del abdomen se encuentran en la anotación correspondiente al 7 de agosto de 2010 que expresa meramente *"dolor de barriga"*.

Con anterioridad a esa fecha, según la historia de salud, el reclamante había acudido a su médica de cabecera por fractura cerrada del quinto metatarsiano del pie izquierdo el 23 de marzo y el 24 de junio de 2010. En esta última fecha la facultativa solicitó que le realizaran una analítica cuyos resultados le permitieron diagnosticar que el paciente padecía diabetes mellitus tipo 2 y le prescribió metformina 850mg.



Después del 24 de junio de 2010 y hasta el 26 de julio de 2010, el paciente acudió tres veces (el 6, el 19 y el 26 de julio) a su médica de cabecera para el control de su diabetes. Desde esa última fecha hasta el 9 de agosto no volvió a acudir a consulta.

El *"dolor de barriga"* que se registró en la agenda del paciente el 7 de agosto, no vuelve a registrarse en ella ni el 8 ni el 9, lo que obliga a pensar que fue un malestar transitorio y por tanto no extraña que en el registro de la historia de salud de atención primaria correspondiente a la consulta de 9 de agosto de 2010 no se recoja que el paciente refiera dolor de barriga. Si según su esposa el paciente apuntaba todo en su agenda y en ella se registra el 7 de agosto *"dolor de barriga"* y no el 8 y el 9, no hay ninguna prueba que lo sufriera el 9 día de la consulta, ni que lo refiriera a su doctora. En cambio, en ese registro de la consulta del 9 de agosto la facultativa hace constar que el paciente no tolera la metformina por lo que le suspende su administración.

En las anotaciones de la agenda correspondiente a todos los días del mes de agosto el paciente no volvió a consignar que le doliera el estómago, por lo que no es de extrañar que en el registro de su visita al Centro de Salud el 13 de agosto para el control de su diabetes, y donde fue atendido por profesionales distintos que sustituían a su médico de cabecera (que se hallaba de vacaciones), estos no anotaran que el paciente refiriera dolor de estómago.

La segunda y tercera anotación del paciente en su agenda sobre *"dolor de estómago y riñones"* y *"dolor de estómago"* corresponden a los días 8 y 9 de septiembre de 2010, pero no acudió a su médico de cabecera ni tampoco volvió a registrar en su agenda que sufriera dolores hasta el 24 de septiembre donde registra *"mononucleosis, no duermo, fuerte dolor de espalda y estómago"*. Ese día acude a consulta.

En el registro de la historia de salud correspondiente a esa consulta de 24 de septiembre de 2010 la facultativa hace constar como motivo de la visita: *"Dolor de huesos y malestar. Faringitis. No adenopatías"*; y como diagnóstico: *"Diabetes Mellitus Tipo 2, hipertensión arterial esencial, faringitis aguda"*.

Después del 24 de septiembre de 2010, el paciente no volvió a acudir a consulta con su médico de asistencia primaria. Tampoco en su agenda tornó a registrar que sufriera dolores hasta el 4 de octubre de 2010, fecha en que consigna *"todo el día en casa con fuerte dolor de estómago"*. Al día siguiente, acudió a un endocrinólogo

privado que ordenó la práctica de una ecografía que se le hizo el día 6 de octubre y que permitió detectar el cáncer de páncreas.

La comparación entre el historial de salud de atención primaria del reclamante y las anotaciones de su agenda que han sido aportadas por su esposa como prueba de que aquél durante los seis meses previos al diagnóstico del cáncer se quejó a su médica de familia de dolor abdominal en forma de cinturón, permiten establecer que:

- a) Los dolores abdominales se presentaron después de que la doctora le diagnosticó correctamente el 26 de junio de 2010 que padecía de diabetes mellitus tipo 2.
- b) Esos dolores se manifestaron por primera vez el 7 de agosto. No se manifestaron los dos días siguientes y no lo refirió a su doctora en la consulta de 9 de agosto de 2010.
- c) El paciente volvió a sufrir esos dolores el 8 y el 9 de septiembre pero no acudió a consulta de su médico de familia.
- d) Esos dolores acompañando a una infección que le causó una faringitis y un estado de malestar general se volvieron a manifestar el 24 de septiembre de 2010, día que acudió a consulta de su médico de cabecera.

En resumen, es incierto que el paciente durante los seis meses previos al diagnóstico del cáncer se hubiera estado quejando de dolores abdominales a su facultativa de asistencia primaria. La única vez que acudió a consulta el mismo día que consignó en su agenda "fuerte dolor de espalda y estómago" padecía un estado infeccioso. No hay constancia de que haya continuado manifestando ese síntoma cuando visitó a la médica ni que se lo haya referido. Con posterioridad a esa fecha, 24 de septiembre de 2010, no volvió a consulta. El cáncer se le diagnosticó el 6 de octubre de 2010.

2. La Propuesta de Resolución recoge en su fundamentación el extenso, documentado, minucioso y claro informe, de 2 de julio de 2013, del facultativo especialista e inspector médico del Servicio de Inspección y Prestaciones.

Ese informe, con base en la documentación médica obrante en la historia clínica del paciente, señala que este padecía de hipertensión, obesidad de grado I y colesterol aumentado, factores que unidos a su edad predisponían a que padeciera de una diabetes mellitus como la que se le manifestó. Para el tratamiento de ésta su médico de cabecera le prescribió metformina, un medicamento que produce pérdida

de peso, como le sucedió al paciente, y cuya administración se le suspendió porque la toleraba mal.

En el informe se explica que el cáncer de páncreas es un tumor con una elevada mortalidad pues constituye la quinta causa de muerte por cáncer en el mundo occidental. La supervivencia a la enfermedad es muy limitada porque se sitúa en una tasa inferior al 10% a los 5 años. Esto se debe a que con los conocimientos científicos actuales no es posible diagnosticar la neoformación de páncreas en su fase más precoz: Los exámenes de laboratorio muestran alteraciones mínimas y poco específicas y los marcadores tumorales no son apropiados para el diagnóstico precoz, porque sólo se elevan cuando el tumor se ha desarrollado y ya no es extirpable quirúrgicamente. No se disponen actualmente de pruebas analíticas o de imagen que permitan diagnosticar en la fase precoz al cáncer de páncreas. Además, no causa síntomas de inmediato y éstos cuando aparecen suelen ser vagos, inespecíficos e imperceptibles y el cáncer está ya muy extendido en el propio páncreas y se ha diseminado a otros órganos (hígado, pulmón, riñones, ganglios linfáticos regionales) o al aparato circulatorio.

Unas veces los síntomas que permiten diagnosticar el cáncer de páncreas son los debidos a las metástasis que origina, como el síndrome nefrótico por trombosis de la vena renal o el síndrome de Fanconi. Otras veces, si el paciente es mayor de 40 años y sufre una pancreatitis aguda sin causa etiológica conocida, se debe sospechar la posibilidad de un carcinoma de páncreas.

Por último, si se presentan estos tres síntomas conjuntamente: pérdida de peso, dolor irradiado a la espalda e ictericia (color amarillento de la piel), entonces se debe sospechar también la existencia del carcinoma de páncreas.

En las fechas en que el paciente acudió a consulta de su médica de familia no presentaba ninguno de los síntomas ligados a las metástasis, ni pancreatitis ni la tríada de síntomas consistente en pérdida de peso, dolor abdominal irradiado a la espalda e ictericia.

Cuando la doctora el 26 de junio de 2010 le diagnostica la diabetes mellitus no presentaba ninguno de esos síntomas. Con posterioridad, el 9 de agosto presentó un síntoma aislado, la pérdida de peso, pero como ésta es una consecuencia de la toma de la metformina prescrita para el tratamiento de la diabetes y no iba acompañada de los otros dos síntomas, no se puede considerar que la facultativa estaba obligada a sospechar la posibilidad de un carcinoma de páncreas.

Luego, volvió el 13 de agosto, sin presentar síntomas de ningún tipo, para el control de su diabetes. Desde esta fecha no volvió a demandar asistencia sanitaria hasta el 24 de septiembre de 2010 en que, por presentar un cuadro infeccioso que le causa una faringitis aguda, acudió a consulta donde refirió dolor de huesos y malestar. Como se puede apreciar, tampoco en esta consulta presentaba la tríada de síntomas que permitan sospechar la existencia de un carcinoma de páncreas. Desde esa fecha no volvió a demandar asistencia sanitaria de su facultativa de asistencia primaria hasta que experimentó dolores abdominales intensos el 4 de octubre que llevaron a un endocrinólogo a ordenar una ecografía que permitió detectar el carcinoma el 6 de octubre. Pero nunca antes había acudido a su médica de cabecera por sufrir esos dolores abdominales intensos, por lo que tampoco se puede considerar que ésta haya errado en su actuación profesional.

Como se explica en el informe médico, toda enfermedad evoluciona. La de carcinoma de páncreas en sus fases tempranas no presenta síntomas o presenta síntomas vagos e indefinidos, más adelante, algunos de estos síntomas se pueden manifestar con más intensidad. El facultativo que en ese momento los constata puede disponer la práctica de las pruebas analíticas para averiguar su causa; pero ello no significa que el facultativo, que en otro momento anterior atendió al paciente cuando no presentaba esos síntomas agudos, haya errado por no disponer la práctica de esas pruebas médicas porque su realización no estaba exigida por el estado ni los síntomas del paciente.

El informe médico se extiende también en analizar que, dada la ubicación y características del carcinoma de páncreas, era inútil terapéuticamente su resección, como ha quedado demostrado por el luctuoso desenlace de la enfermedad, por lo que la decisión de no intervenir quirúrgicamente que adoptó el Comité de Tumores del HUDGCDN y los facultativos de los otros hospitales valencianos consultados primeramente fue acorde con la *lex artis ad hoc*.

Las fundadas y claras razones científicas que se exponen en el informe para sustentar ese juicio médico son plenamente convincentes, pero ni la reclamación se funda en que esa decisión de no intervenir haya sido errónea y le haya causado alguna lesión, ni quien sostiene la reclamación como sucesora procedimental ha ampliado su *causa petendi* con base en que fue errónea, ni ha propuesto prueba o aportado informes médicos dirigidos a demostrar que esa decisión supuso una negligencia profesional que haya causado una lesión indemnizable. Por esta razón, no es necesario que nuestro dictamen se extienda sobre este extremo.

3. Como se razonó al inicio, no se ha alegado la existencia de una lesión concreta y definida cuya causación se imputa a la actuación de la médica de asistencia primaria, lo cual por sí mismo determina que se deba desestimar la pretensión resarcitoria, ya que para la declaración de la responsabilidad patrimonial es necesario que quede establecida la relación de causalidad entre una infracción concreta y demostrada de la *lex artis ad hoc* y un hecho dañoso cierto, previsible y evitable. No obstante, para agotar el análisis de la cuestión se abordará si la médica de asistencia primaria incurrió en un error de diagnóstico, para lo cual se debe partir de la consolidada doctrina legal sobre la responsabilidad extracontractual del servicio público de salud por la asistencia sanitaria y que se sintetiza a continuación.

4. Sobre la responsabilidad extracontractual del servicio público de salud la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente, como se recuerda en su STS de 19 abril 2011:

*« (...) a la Administración no 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, o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.*

*En la de 7 de julio del mismo año, dictada en el recurso de casación núm. 4776/2004, dijimos que "La responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa [por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999 (casación 9655/95, FJ 5º), 24 de septiembre de 2001 (casación 4596/97, FJ 5º), 23 de noviembre de 2006 (casación 3374/02, FJ 5º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 2º) y 22 de abril de 2008 (casación 166/05, FJ 3º)], se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que,*

*en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso [sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005 (casación 3149/01, FJ 3º), 20 de marzo de 2007 (casación 7915/03, FJ 3º) y 26 de junio de 2008 (casación 4429/04, FJ 3º)]. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE de 29 de abril)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992); nada más y nada menos".*

*O en la de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008, que "Aunque la cuestión principal que analiza la Sala de instancia en su sentencia, sustentando o dando lugar a su pronunciamiento, nada o poco tiene que ver con la necesidad de precisar la naturaleza jurídica, objetiva o no, de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, aquel epígrafe y aquel inicio nos obligan a recordar que nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la "lex artis". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria".*

*O recordar, en la misma línea, que el inciso segundo del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que "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"».*

5. La *lex artis ad hoc* se define de la siguiente manera en la STS de 26 marzo de 2004:

«Las Sentencias de 7 de febrero de 1990 y 29 de junio de 1990, expresaron: “que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada “lex artis ad hoc”, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional”, y ampliando dicha síntesis conceptual, cabe afirmar: que se entiende por “lex artis ad hoc”, como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos (estado o intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado; siendo sus notas: 1) como tal “lex” implica una regla de medición, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la “lex” es un profesional de la medicina; 4) el objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); y 5): concreción de cada acto médico o supuesto “ad hoc”: tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha “lex artis”; así como en toda profesión rige una «lex artis» que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa “lex”, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán, en un sentido o en otro, los factores antes vistos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991)».

6. Ante un supuesto en que se reclamaba la responsabilidad extracontractual del servicio público de salud porque ante una patología que no se diagnosticó en la primera consulta porque no concurrían todos los síntomas que la caracterizaban, en la STS de 16 marzo 2005 se razonó lo siguiente:

*“La infracción denunciada no se ha producido dado que, como se razona en la sentencia recurrida, al no apreciarse la existencia de una infracción de la lex artis en materia sanitaria, es reiterada la jurisprudencia de la Sala que entiende que no se produce el requisito de antijuridicidad del daño, exigible conforme a la Ley de Régimen Jurídico para que el mismo sea susceptible de indemnización, y por ello dicho daño ha de ser soportado por el paciente partiendo del principio de que 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, sin que se aprecie que en el caso actual, en función de la valoración de la prueba pericial procesal practicada por la Sala de instancia, resultara previsible en la primera visita hospitalaria al centro sanitario de Soto del Real y a La Paz la apreciación de una sintomatología que permanecía larvada y que no fue manifestada sino días después cuando se procedió a la práctica de la operación que determinó la amputación; máxime cuando la citada amputación tampoco puede excluirse que resultara procedente, como la sentencia de instancia afirma, de haberse detectado la isquemia en una primera exploración clínica. El motivo casacional, por tanto, ha de ser igualmente rechazado”.*

7. También, ante una reclamación de indemnización por daños cuya causación se imputaban a un diagnóstico erróneo, la STS de 17 J. 2012, recoge el fundamento VI de la Sentencia recurrida que dice así:

*«No basta con afirmar que para un diagnóstico más certero de una patología debían haberse realizado otras pruebas diagnósticas hasta agotarse todas las posibilidades diagnósticas, pues una vez diagnosticada una patología y a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el caso es más fácil afirmar que debieron efectuarse más pruebas diagnósticas. Pero se olvida que los servicios sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin más indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas y múltiples patologías sin que los síntomas que se tengan exijan su realización. Por otra parte, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad sanitaria en el caso de que los síntomas que presenten los pacientes sean indicadores de la necesidad de realizar pruebas diagnósticas y si estas no se realicen entonces*



*habrá infracción de la lex artis cuando se acredite que la omisión en la realización de las indicadas pruebas son la causa de las secuelas por las que se reclama indemnización pues solo son objeto de indemnización aquellos daños que son antijurídicos y que no se tiene obligación de soportar, entre los que no se incluyen aquellos que son resultado de la evolución de la enfermedad que se padece y que hubieran surgido de igual modo aunque su diagnóstico y tratamiento hubiera sido correcto. La postura contraria, supondría exigir a los facultativos realizar todas las pruebas diagnósticas de múltiples enfermedades que pueden cursar, como es en este caso, con dolor lumbar y ello no puede ser exigible por eficacia médica. Este es el eterno dilema con el que se encuentran los Tribunales de Justicia a la hora de valorar los informes periciales de las partes en los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración en los que a tiempo pasado se plantea la duda de que hubiera sucedido si se hubieran practicado unas u otras pruebas diagnósticas. Pero como ya se ha indicado ello solo puede considerarse contrario a la lex artis cuando los indicios de los pacientes son evidentes de una sospecha de una patología que sea necesario confirmar o descartar.*

*Pues bien, en el caso examinado, entendemos que tanto el informe elaborado por la Inspección Médica que obra en el expediente como el informe pericial aportado por la Fundación Jiménez Díaz, ratificado a presencia judicial, son coincidentes al afirmar, de forma razonada, sólida y argumentada, que, en todo momento, se ha respetado la "lex artis" ya que el cáncer de esófago se diagnostica cuando los indicios de que se padece dicha patología eran evidentes; evidencia que, sin embargo, no se daba cuando acudió a consulta del médico de atención primaria, y a Urgencias en la Fundación Jiménez Díaz, en el mes de noviembre- no hay constancia documental en las actuaciones de asistencia en Urgencias de la Fundación Jiménez Díaz en octubre de 2008-, coincidiendo ambos informes médicos en la dificultad de diagnosticar de forma precoz este tipo de tumores por el carácter inespecífico de sus síntomas iniciales.*

*Así pues, la inexistencia de infracción de la "lex artis" en el diagnóstico del cáncer que finalmente fue detectado al Sr. J. R. -según resulta de la prueba obrante en autos- impide que podamos calificar de daño antijurídico los daños por los que se reclama en la demanda ya que no se puede hablar, en este caso y con arreglo al estado de la ciencia médica al tiempo de los hechos litigiosos, de retraso diagnóstico, sino de imposibilidad de su diagnóstico en un momento anterior. Y esta ausencia de antijuridicidad del daño por el que se reclama impide que la acción*

*ejercitada en la demanda prospere, pues se trata de uno de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración que se reclama».*

En esta STS se concluye: *«Por último señalar que el motivo del recurso parte de una afirmación que es negada en la Sentencia -hace principio de la cuestión- "existe un error diagnóstico por falta de medios diagnósticos diferenciales".*

*Esta cuestión es ampliamente resuelta en la Sentencia recurrida que valorando el conjunto probatorio afirma que: "los servicios médicos sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin más indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas y múltiples patologías sin que los síntomas que se tengan exijan su realización. Así pues, la inexistencia de infracción de lex artis en el diagnóstico del cáncer que finalmente fue detectado al Sr. J. R. según resulta de la prueba obrante en Autos, impide que podamos calificar de daño antijurídico aquellos que se reclaman en la demanda ya que no se puede hablar, en este caso y con arreglo al estado de la ciencia médica en los tiempos litigiosos, de retraso diagnóstico, sino de imposibilidad de su diagnóstico en un momento anterior.*

*Y esta ausencia de antijuridicidad del daño por el que se reclama impide que la acción prospere"».*

En el mismo sentido, se pronuncian las SSTS de 19 de abril de 2011 y de 24 de abril de 2012.

8. El diagnóstico médico es un juicio clínico sobre el estado de salud de una persona y que se establece a partir de los síntomas, signos y hallazgos de las exploraciones y pruebas a un paciente.

Por regla general, una enfermedad no está relacionada de una forma biunívoca con un síntoma. Normalmente un síntoma no es exclusivo de una patología. Diferentes patologías pueden expresar síntomas idénticos. Por ello, no es jurídicamente exigible para todos los supuestos el diagnóstico certero y en consecuencia el error científico médico en principio no puede originar sin más responsabilidad. Éste solo surge cuando el error de diagnóstico se debe a una manifiesta negligencia o ignorancia o por no emplear oportunamente los medios técnicos y pruebas médicas que ayudan a evitar los errores de apreciación. De ahí que, como se declara en la STS de 6 de octubre de 2005, " (...) no cabe apreciar la culpa del facultativo en aquellos supuestos en que la confusión viene determinada

*por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia (STS de 10 de diciembre de 1996), y tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico de disculpable o de apreciación (STS de 8 de abril de 1996)”.*

9. Como ha quedado establecido más atrás, el paciente no presentó la tríada de síntomas cuya manifestación conjunta fundamentan un diagnóstico de sospecha de carcinoma de páncreas. El dolor abdominal, del cual hay anotaciones escasas y espaciadas en el tiempo en su agenda, ya se vio que no le impulsó a consultar por él a los facultativos del SCS. El único día en que coincide una anotación “de dolor de espalda y estómago” en su agenda con la consulta a su médica de familia presenta un cuadro infeccioso con faringitis aguda. No hay constancia de que haya continuado manifestando ese síntoma cuando visita a la médica ni que se lo haya referido. Ésta anotó “Dolor de huesos y malestar. Faringitis”. Aun imaginando que el paciente le haya referido ese síntoma en esa consulta del 24 de septiembre de 2010, es claro que se correspondía con el cuadro infeccioso agudo que presentaba, por lo que no se puede exigir que por esa puntual manifestación la facultativa debió sospechar sin más la existencia del carcinoma.

En cuanto a la pérdida de peso, que se produjo sin ir acompañada de los otros dos síntomas, es consecuencia de la toma del medicamento metformina que le había prescrito al paciente para el control de su diabetes mellitus, por lo que tampoco justificaba la formulación de un diagnóstico de carcinoma.

En definitiva, no se ha dado el error de diagnóstico alegado porque el paciente no presentó los síntomas que obligadamente debieron llevar a un diagnóstico de sospecha de carcinoma de páncreas.

## IV

Por todo lo expuesto, la pretensión resarcitoria debe ser desestimada porque:

a) En primer lugar, no se ha alegado -ni por ende demostrado- la producción de una lesión imputable a la asistencia sanitaria prestada por el SCS.

b) En segundo lugar, es incierto que durante los seis meses previos al diagnóstico del carcinoma de páncreas el paciente le hubiera estado refiriendo a su médica de asistencia primaria que padecía de dolor abdominal en forma de cinturón, hecho sobre el que se fundamenta exclusivamente la pretensión resarcitoria.

c) En tercer lugar, porque el paciente no presentaba los síntomas que obligadamente debieron llevar a un diagnóstico de sospecha de cáncer de páncreas y a la práctica de las pruebas médicas complementarias que lo confirmaran o refutaran.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.