



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 6 de julio de 2015.

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 A.F.O. y C.O.J., en nombre y representación de S.F.O., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 227/2015 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de exigencia de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud, iniciado por C.O.J. y A.F.O. en reclamación de una indemnización de 172.376, 76 euros por el fallecimiento de S.F.O., su hijo y hermano, respectivamente, cuya causación imputan a la negligencia profesional de los facultativos del señalado Servicio que le prestaron asistencia médica.

2. Atendiendo a la fecha de presentación de la reclamación, la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) -en su redacción anterior a su modificación por la Ley 5/2011, de 17 de marzo- y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 12, de carácter básico, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

3. La reclamación no es extemporánea porque se ha presentado dentro del plazo fijado en el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

4. La madre y el hermano del fallecido reclaman en representación de este invocando su cualidad de herederos, a pesar de que esta condición no concurre en la madre porque de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, que han aportado para acreditarla, resulta que renunció pura y simplemente a la herencia de su hijo.

El art. 139.1 LRJAP-PAC confiere acción para reclamar por las lesiones sufridas en bienes y derechos, de donde se sigue que está legitimado para ejercerla quien alegue la titularidad de un bien o derecho cuyo menoscabo impute al funcionamiento de un servicio público. Según el art. 139.2 LRJAP-PAC, ese menoscabo debe consistir en un daño evaluable económicamente porque, conforme al art. 139.1 LRJAP-PAC, la finalidad de la institución de la responsabilidad extracontractual no es punitiva, sino reparadora o compensadora. La vida humana no constituye objeto de un derecho patrimonial o de cualquier otra índole cuya titularidad corresponda a terceros. Es imposible considerarla como bien o derecho perteneciente al patrimonio de otro. La vida humana, como no tiene precio, tampoco es susceptible de evaluación económica.

La obligación de indemnizar el daño producido por la acción u omisión de un sujeto no surge del hecho causante, sino de su resultado lesivo que es el daño y que es lo que hay que resarcir. El primero sin el segundo no engendra responsabilidad patrimonial, por lo que en reclamaciones de la naturaleza de la presente esa responsabilidad surge siempre del hecho de la muerte, por lo que al extinguirse por ella la personalidad de la víctima, esta no adquiere en vida ningún derecho a ser indemnizado que, integrado en su patrimonio, transmite luego *mortis causa*. Sólo los vivos son capaces de adquirir derechos y únicamente son transmisibles por vía hereditaria los derechos que al momento del fallecimiento del causante se hallasen integrados en su patrimonio. De ahí que si en nuestro Ordenamiento se contempla un derecho a indemnización por causa de muerte (art. 113 del Código Penal en relación con los arts. 138 a 143 y 621.2 del mismo, art. 1.902 del Código Civil, apartado 1º.5 del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor, etc.), su titularidad no es derivativa *mortis causa* ya que, como se ha visto, no puede sucederse en algo que no ha ingresado en el

patrimonio del causante sino que es un derecho que se adquiere originariamente y que, por ende, es ejercitable *ex iure proprio* por aquellos que han sido perjudicados por la muerte de la víctima.

Este perjuicio lo sufren aquellos que compartían su vida con la víctima, formando una comunidad de vida a la que pone fin esa muerte que, eventualmente, puede producir una disminución de ingresos o un desamparo económico para los supervivientes y un daño moral por la ruptura de la íntima convivencia y de los lazos de afecto, presumiéndose este daño moral en sus parientes más directos por línea recta ascendente o descendente, prefiriéndose siempre, con exclusión de los demás, a sus más estrechos allegados que son los que convivían con la víctima y compartían con ella sus ingresos comunes o dependían de ella económicamente; estimándose que no existe perjuicio indemnizable cuando nadie ha quedado desamparado o disminuido económicamente ni se ha sufrido daño moral, porque se había abandonado en vida a la víctima o roto toda relación con ella.

En la presente reclamación, los interesados no han alegado ningún perjuicio económico que les haya irrogado el óbito de su deudo, por lo que están legitimados exclusivamente por el daño moral que la muerte de aquel les ha causado.

5. Conforme al art. 13.3 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que se ha superado ampliamente 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.

6. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que obsten a un dictamen sobre el fundamento substancial de la pretensión resarcitoria.

II

1. En su escrito inicial de reclamación, los interesados imputan la causación del fallecimiento de S.F.O. a dos diferentes negligencias profesionales en las que habrían incurrido los facultativos del Servicio Canario de la Salud al atenderlo:

La primera estriba en que el retraso debido a su inclusión en una lista de espera para la operación del carcinoma epidermoide en la lengua había determinado que este evolucionara del estadio T1N0M0 al estadio T2N0M0.

La segunda consiste en que, después de haber sido intervenido, acudió por tres veces al Servicio de Urgencias del Hospital José Molina Orosa del Servicio Canario de la Salud, y los facultativos que lo atendieron le diagnosticaron erróneamente faringitis y amigdalitis cuando en realidad presentaba una recidiva del carcinoma.

2. En su escrito de alegaciones en trámite de audiencia, que es donde fijan definitivamente los hechos sobre los que fundamentan su pretensión, los reclamantes prescinden de toda referencia a la primera negligencia profesional alegada y basan su pretensión exclusivamente en la segunda.

La Propuesta de Resolución se centra en analizar exclusivamente la existencia de primera negligencia profesional alegada en el escrito de reclamación inicial y luego abandonada por los interesados en su escrito de alegaciones; pero no se pronuncia sobre si ha existido o no la segunda negligencia profesional alegada.

Este silencio sobre esta segunda negligencia, que es sobre la que exclusivamente vienen a fundar con carácter definitivo su pretensión, constituye una infracción del art. 89 LRJAP-PAC y 13.2 RPAPRP, los cuales imponen que la resolución del procedimiento y, por ende, su propuesta (art. 12.1 RPAPRP) decida motivadamente sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y, por consiguiente, se pronuncie sobre la existencia o no de los hechos lesivos alegados y, en su caso, sobre su relación de causa a efecto con el surgimiento del daño alegado.

3. La Propuesta de Resolución desestima la pretensión resarcitoria con base exclusivamente en el análisis de la primera negligencia profesional alegada y luego no sostenida. Sobre esa desestimación se ha de indicar que de la documentación de la historia clínica y de los informes médicos emitidos en el seno del procedimiento resultan los siguientes hechos:

Antes del 31 de julio de 2007, la última consulta de S.F.O. con su médico de Atención Primaria tuvo lugar el 19 de octubre de 2006, con la finalidad de que le administrara la vacuna contra la gripe.

Más de nueve meses y medio después, el 31 de julio de 2007, acude de nuevo a consulta con su médico de atención primaria que diagnostica un cáncer maligno de lengua y lo remite con carácter de urgente al otorrinolaringólogo del Centro de Atención Especializada que le correspondía. No hay por tanto ningún retraso en el diagnóstico de la enfermedad.

El 1 de agosto, el otorrinolaringólogo lo examina y ante la sospecha de lesión tumoral en la lengua se le toman unas muestras para biopsia que se remite al

Servicio de Anatomía Patológica, y se solicita una radiografía de tórax y una tomografía axial computerizada (TAC) de orofaringe y cuello para determinar la extensión del cáncer.

El tres de agosto de 2007, se emiten los siguientes informes:

El informe del examen radiológico, con la conclusión de que no hay evidencia de lesión pleuropulmonar.

El informe de TAC, con la conclusión de que existe una lesión del tercio medio del borde lateral derecho de la lengua.

El informe anatomopatológico, de la misma fecha, el cual concluye que se trata de un carcinoma epidermoide infiltrado moderadamente diferenciado.

El lunes, 6 de agosto de 2007, los anteriores informes llegan al otorrinolaringólogo que emite un informe clínico con el diagnóstico de carcinoma epidermoide moderadamente diferenciado infiltrante en el borde de la lengua en el estado T1N0M0, donde T1 significa tumor de menor o igual a dos centímetros, N 0 que los ganglios no están afectados y M 0 que no existe metástasis. Este mismo día solicita consulta con carácter preferente para que sea examinado por el Comité de Tumores del Hospital Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín (HUDN) que cita al paciente a consulta para el 10 de agosto a las 9:00 horas. Ese día es valorado por un cirujano maxilofacial que decide su inclusión en la lista de espera para la extirpación quirúrgica del tumor para la cual cursa la correspondiente solicitud con fecha de ese día, 10 de agosto de 2007, señalando en ella el carácter preferente y la necesidad de operarlo en el plazo de 15 días. El paciente, ese mismo día firma el documento que recoge su consentimiento informado a la intervención quirúrgica.

El 13 de agosto fue incluido en la lista de espera con prioridad 1, pero, conforme al art. 9 del Decreto 116/2006, de 1 de agosto, por el que se regula la organización, gestión e información de las listas de espera en el ámbito sanitario (Decreto 116/2006), el inicio del cómputo del plazo máximo de permanencia en lista de espera para intervenciones quirúrgicas se efectuará al día siguiente de la prescripción del facultativo, por lo que en el presente caso el inicio de dicho plazo se situó en el 11 de agosto de 2007 y, conforme a la solicitud del facultativo, debía ser intervenido antes del 17 de agosto de 2007.

El Anexo III del Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en

el Sistema Nacional de Salud, dentro de las prioridades para la indicación quirúrgica establece como prioridad 1 el supuesto de pacientes cuyo tratamiento quirúrgico, siendo programable, no admite una demora superior a 30 días.

El día 16 de agosto de 2007, el paciente es atendido en la Clínica U.N. (informe de 17 de septiembre de 2007, del doctor A., del Departamento de Otorrinolaringología de dicho centro privado), donde lo intervienen el 20 de agosto de 2007.

Es decir, antes de que finalizara el plazo indicado por el cirujano del Hospital Doctor Negrín para la operación, el paciente ya se había trasladado a Pamplona para ser intervenido en el centro sanitario privado Clínica U.N.

El paciente no solicitó ser intervenido dentro del plazo indicado por el cirujano del Hospital Doctor Negrín [art. 17.2.c) del Decreto 116/2006], ni esperó a que la Administración sanitaria lo derivada a otro centro público o privado (art. 12 del Decreto 116/2006).

Por ello, es correcta la conclusión a la que llega la Propuesta de Resolución de que el paciente no esperó a la finalización del plazo máximo para su intervención y que, libre y voluntariamente, eligió ser tratado en un centro sanitario privado, por lo que no se ha producido ningún funcionamiento anormal del servicio público de salud que haya intervenido en la producción del daño por el que se reclama.

III

1. Por otro lado, los reclamantes no han aportado ninguna prueba o informe médico que acredite que el hecho de no haber intervenido al paciente antes del 20 de agosto de 2007, fecha en la que fue operado en la Clínica U.N., haya determinado su fallecimiento. Según consta en el informe de alta hospitalaria, de 26 de agosto de 2007, emitido por los facultativos de dicho centro privado, los márgenes quirúrgicos reseccionados estaban libres de tumor, es decir, la extirpación de este fue completa y no existía afectación de los ganglios ni metástasis. Por tanto, el éxito terapéutico fue completo, como lo confirma el hecho de que en el control que le realizaron en ese centro el 11 de diciembre de 2007 no detectaron una recidiva del carcinoma. Si esta se produjo, fue debido a un avatar propio de este tipo de patología, no a un supuesto retraso del Servicio Canario de la Salud en intervenirlo una vez que sus facultativos establecieron la existencia del tumor.

La recidiva del carcinoma le fue diagnosticada el 9 de enero de 2008 por los facultativos de la Clínica U.N. como resultado de las pruebas médicas que le

realizaron al paciente tras su nuevo control de revisión al que había acudido el 4 de enero de 2008.

2. Sin embargo, como ya se ha señalado, los reclamantes han abandonado esta alegación del inexistente retraso del Servicio Canario de la Salud en intervenir al paciente, y en sus alegaciones finales se centran exclusivamente en el error de diagnóstico en que incurrieron los facultativos del Servicio de Urgencias del Hospital José Molina Orosa del Servicio Canario de la Salud que lo atendieron los días 3 y 14 de octubre y 7 de diciembre de 2007. Al análisis de esta alegación dedicamos los apartados siguientes.

3. El paciente abandonó por su propia voluntad y sin motivo médico que lo justificara la atención especializada pública y optó por la privada. Los facultativos del establecimiento privado que lo atendieron eran los responsables -dentro de los límites de lo médicamente posible ante un cáncer agresivo y mortal- de que la operación reseccionara completamente el tumor para impedir su recidiva, de aplicarle el tratamiento postoperatorio con el mismo fin y de realizar los controles periódicos posteriores para comprobar que no se había producido tal recidiva.

Al respecto, el informe médico de alta hospitalaria de la Clínica U.N., de 17 de septiembre de 2007, emitido tras su primera operación, expresa que debe volver para revisión el 17 de noviembre de 2007.

4. El paciente acudió al Servicio de Urgencias del Hospital José Molina Orosa el 3 de octubre de 2007, donde le diagnosticaron amigdalitis, le prescribieron el tratamiento antibiótico correspondiente y le recomendaron seguimiento por su médico de atención primaria. No hay prueba médica que demuestre que el paciente no sufría una amigdalitis y que, por el contrario, presentaba síntomas que fundamentaran la sospecha de una recidiva del carcinoma y que, por ende, impusieran la realización de pruebas médicas a fin de descartar o confirmar esa sospecha diagnóstica.

Por consiguiente, sin la demostración científica de estos extremos de hecho, consistentes en que el paciente no padecía amigdalitis y que presentaba los síntomas de una carcinoma, no puede afirmarse que los facultativos del Servicio de Urgencias intervinieron en una infracción de la *lex artis ad hoc*.

5. El paciente acudió al Servicio de Urgencias once días después, el 14 de octubre de 2007. Los facultativos que lo atendieron diagnosticaron faringitis y le

prescribieron terapia antibiótica. En este caso tampoco hay prueba de que este diagnóstico fuera erróneo porque el paciente presentara síntomas de carcinoma.

6. Transcurridos un mes y veinticuatro días, el 7 de diciembre de 2007, acude de nuevo al Servicio de Urgencias. Durante ese periodo de tiempo no demandó asistencia sanitaria lo que demuestra que había sanado de la faringitis y que no presentaba otros síntomas que requirieran los servicios facultativos. No hay por tanto una continuidad de patología entre las dos primeras assistencias en urgencias, el 3 y el 14 de octubre de 2007, y la tercera el 7 de diciembre de 2007. En esta fecha el facultativo que lo atendió en la exploración física detectó un punto de pus en la garganta, diagnosticó amigdalitis y le pautó tratamiento antibiótico. Tampoco hay ninguna prueba médica de que en esta ocasión el diagnóstico fuera erróneo porque el paciente presentara síntomas que obligaran al facultativo a sospechar que se había producido la recidiva del carcinoma.

7. En el folio 260 del expediente obra la citación de la Clínica U.N. dirigida al paciente para que acudiera a revisión el 11 de diciembre de 2007, es decir, después de la última asistencia del paciente al Servicio de Urgencias.

En el folio 262 figura la receta de la Clínica U.N., de fecha 11 de diciembre de 2007, día de esa revisión postoperatoria, prescribiéndole al paciente el antibiótico *augmentine plus*, que se usa para tratar infecciones de garganta, y sin hacer mención alguna a recidiva de cáncer, lo cual corrobora que hasta esa fecha esta no se había presentado.

En la página 271 del expediente obra el informe médico, de 11 de enero de 2008, emitido por un facultativo de la Clínica U.N. según el cual el paciente pasó una nueva revisión el 4 de enero de 2008, que se le realizó una tomografía por emisión de positrones (PET) el 8 de enero de 2008, y que esta había acusado la existencia de una recidiva.

De los informes médicos de la Clínica U.N. resulta que el paciente no presentaba recidiva del carcinoma en el control que le realizaron el 11 de diciembre de 2007, lo cual corrobora que el diagnóstico y tratamiento de los facultativos del Servicio de Urgencias que lo atendieron el 3 y el 14 de octubre y el 7 de diciembre de 2007 fue correcto, y que no se les puede reprochar que no diagnosticaran la recidiva porque esta no existía.

La recidiva de carcinoma fue detectada en el control que se le realizó en la Clínica U.N. el 4 de enero de 2008. Entre el 7 de diciembre de 2007 y esta última

fecha el paciente no demandó asistencia sanitaria de los facultativos del Servicio Canario de la Salud, por lo que tampoco se les puede reprochar ninguna negligencia profesional ya que esta sólo puede surgir en el desarrollo de una prestación de asistencia sanitaria que, como se acaba de señalar, no se prestó en el periodo indicado.

En definitiva, la reclamación reposa en la alegación del hecho de que los facultativos del Servicio Canario de Urgencias en los días 3 y 14 de octubre y 7 de diciembre de 2007 erraron porque diagnosticaron que el paciente sufría una infección de garganta cuando la realidad era que los síntomas que presentaban correspondían a la recidiva del carcinoma. La documentación demuestra que en el control que le realizaron al paciente el 11 de diciembre de 2007 en la Clínica U.N. el paciente no había sufrido todavía la recidiva, y que los médicos de este centro privado le prescribieron, al igual que los facultativos del Servicio de Urgencias el 7 de diciembre de 2007, un antibiótico para la infección de garganta. En consecuencia el hecho alegado es incierto por lo que la reclamación con base en él debe ser desestimada.

C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución se centra en desestimar la reclamación con base en la demostración de la inexistencia del alegado retraso en la intervención. Siendo cierto que es adecuada a Derecho la desestimación de la pretensión en el extremo en que se fundamenta en esa presunta negligencia, se ha de observar que esa alegación es abandonada por los reclamantes en sus alegaciones finales para fundarla exclusivamente en el alegado error de diagnóstico en que incurrieron los facultativos del Servicio de Urgencias del Hospital José Molina Orosa del Servicio Canario de la Salud que lo atendieron los días 3 y 14 de octubre y 7 de diciembre de 2007.

2. La Propuesta de Resolución no se pronuncia sobre si ha existido o no este error de diagnóstico. Este silencio sobre esta segunda negligencia, que es sobre la que exclusivamente vienen a fundar con carácter definitivo su pretensión, constituye una infracción del art. 89 LRJAP-PAC y 13.2 RPAPRP, los cuales imponen que la resolución del procedimiento y, por ende, su propuesta (art. 12.1 RPAPRP) decida motivadamente sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y, por consiguiente, se pronuncie sobre la existencia o no de los hechos lesivos alegados y, en su caso, sobre su relación de causa a efecto con el surgimiento del daño alegado.

Por ello, deberá completarse la fundamentación relativa a este motivo en la Propuesta de Resolución.

3. Por las razones que se exponen en los apartados 2 a 7 del Fundamento III de este Dictamen, los facultativos del Servicio de Urgencias del Hospital José Molina Orosa del Servicio Canario de la Salud que atendieron al deudo de los interesados los días 3 y 14 de octubre y 7 de diciembre de 2007 no incurrieron en error de diagnóstico, por lo que procede la desestimación de la pretensión resarcitoria en cuanto se fundamenta en la alegación de dicho error.