



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 7 0 / 2 0 1 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de octubre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero 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 G.S.A., en nombre y representación de M.C.C.O., J.A.P.C. y Z.P.C., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 374/2015 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad el 10 de septiembre de 2015 (registro de entrada de fecha 11 de septiembre de 2015) es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un Organismo Autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia de este Consejo y la preceptividad del dictamen según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación este último precepto con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de M.C.C.O., como viuda, así como de J.A.P.C. y Z.P.C., como hijos de J.A.P.C., al pretender el resarcimiento de un daño moral que

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

han sufrido en su persona por el fallecimiento de aquél como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. M.C.C.O. actúa mediante la representación acreditada de G.S.A. (art. 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC).

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

2. Asimismo, se presentó la reclamación dentro del plazo para reclamar establecido en los arts. 142.5 LRJAP-PAC y 4.2 RPAPRP, pues los interesados interpusieron aquel escrito el 7 de abril de 2011, en relación con un daño (fallecimiento de su esposo y padre) producido el 5 de mayo de 2010.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

III

1. El objeto de la reclamación que nos ocupa viene dado, según transcripción literal parcial del escrito de reclamación, por los siguientes hechos:

"(...) a las diez horas cuarenta y cinco minutos del día 5 de mayo de 2010, J.A.P.C falleció en el Hospital del Tórax de Santa Cruz de Tenerife, con cáncer de pulmón como causa fundamental, dejando como cónyuge superviviente a la dicente y dos hijos: J.A.P.C. y Z.P.C.

DÉCIMOPRIMERO.- A resultas de los reiterados errores de diagnóstico que llevaron, entre otras medidas, a pautarle su médico de cabecera hasta siete tratamientos diferentes insuficientes frente a la auténtica afección subyacente o a

retrasar la solicitud de la primera prueba diagnóstica más de un mes, se produjo una degeneración del estado de salud que aceleró el proceso natural a la muerte, perdiendo, de manera reiterada, la oportunidad de tratarlo adecuadamente y a pesar de disponer, en el conjunto del Sistema Canario de Salud de los medios humanos y materiales necesarios para diagnosticarlo correctamente.

Asimismo, el retraso en el juicio diagnóstico adecuado retrasó, a su vez, durante cerca de tres meses, el acceso al fallecido del tratamiento correspondiente orientado a atenuar los síntomas y paliar el sufrimiento asociado a sus padecimientos prolongando innecesariamente el dolor.

Caracteriza la particular situación del fallecido ser el único sustento económico de la unidad de convivencia integrada por él mismo, su cónyuge, la dicente en el presente procedimiento administrativo, quien, a pesar de haber pasado a percibir una pensión de viudedad ha visto empeorada de manera manifiesta su situación económica al tener que asumir por sí misma, además de su sustento particular, a cargo de aquella prestación, todos los gastos derivados del patrimonio familiar”.

Por todo ello, se solicita una indemnización de 241.104,4 €, según el siguiente desglose: 116.243,84 € para la viuda y 8.806,35 € para cada uno de los dos hijos del fallecido, así como 107.247,60 €, por los daños sufridos en vida por el propio fallecido, incluidos los daños morales, cantidad atribuible por mitad a cada uno de los hijos, en concepto de herederos del finado.

IV

1. En este procedimiento, el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte, no exime a la Administración de resolver expresamente (arts. 42.1 y 7 y 141.3 LRJAP-PAC).

2. Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 20 de abril de 2011, se identifica el procedimiento y se insta a la parte interesada a mejorar su solicitud. Recibe notificación el 27 de abril de 2011.

- Dada la referencia a distintos interesados, si bien en el encabezado de la reclamación solo consta que se actúa en representación de la viuda del fallecido, si bien los otros constan como hijos del fallecido en el libro de familia aportado, mediante escrito de 20 de abril de 2011 se les insta a que se personen como

interesados en el procedimiento. De ello son notificados los dos hijos, en fechas de 27 de abril de 2011 y 5 de mayo de 2011, presentando escrito solo uno de ellos, J.A.P.C., el 4 de mayo de 2011, adhiriéndose a la reclamación interpuesta por su madre.

- Por Resolución de 25 de mayo de 2011, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación, acordando asimismo la remisión del expediente para su tramitación a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Canarias. Además, se acuerda la suspensión del procedimiento entre la solicitud y la recepción del preceptivo informe del Servicio. De todo ello es notificada la parte interesada el 2 de junio de 2011.

- Por escrito de 26 de mayo de 2011, se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, que, tras varias reiteraciones de solicitud, se emite el 27 de febrero de 2014, incorporando un anexo de valoración del daño, si bien queda claro en el informe que es una valoración hipotética, tras afirmar la adecuación a la *lex artis* de la asistencia dispensada y la inexistencia, pues, de responsabilidad de la Administración por el daño por el que se reclama. Ello, tras haber recabado la documentación necesaria.

- El 2 de mayo de 2014, se dicta acuerdo probatorio en el que se declara la pertinencia de las pruebas propuestas por los interesados, y se incorpora como documentación anexa el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, junto con la documentación que acompaña. De ello reciben notificación los reclamantes el 6 de mayo de 2014.

- El 2 de mayo de 2014, se acuerda la apertura del trámite de audiencia, recibiendo notificación la parte interesada el 6 de mayo de 2014.

Con fecha 13 de junio de 2014, se presenta escrito en el que se pone en conocimiento de la Administración que el 2 de abril de 2014 se presentó escrito ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, bajo el número de autos 33/2014, en el que se desiste del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, dictándose, el 15 de abril de 2014, Decreto del Secretario Judicial en virtud del cual se da por terminado el procedimiento y se ordena su archivo y devolución del expediente administrativo.

- El 9 de marzo de 2015, se emite Propuesta de Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, desestimando la pretensión de los interesados, emitiéndose borrador de Propuesta de Resolución por la Dirección

General del Servicio Canario de la Salud, en la que no consta fecha. La Propuesta de Resolución es elevada a definitiva el 7 de septiembre de 2015, tras haber sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico el 7 de agosto de 2015.

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de los reclamantes con los siguientes fundamentos:

Tras señalar que el objeto de la reclamación de los interesados son los daños derivados de un error en el diagnóstico del finado que llevó a pautar tratamientos insuficientes para la verdadera afección, y, por otra, en el retraso en el verdadero diagnóstico y en el tratamiento adecuado, provocando una pérdida de oportunidad de ser tratado correctamente y paliar el sufrimiento asociado a su padecimiento, prolongando el dolor de manera innecesaria, distingue la Propuesta de Resolución:

“En cuanto al error en el diagnóstico:

Según el informe del SIP, es muy probable que las imágenes halladas en las radiografías de 25 de febrero y 7 de marzo de 2010, respectivamente, con resultado de enfisema e infiltrado intersticial, enmascaren la neoplasia de pulmón, no pudiendo ser apreciada a tamaño real o macroscópicamente, sino sólo por el estudio de AP, ya que sólo a través de la biopsia se consiguió identificar la tumoración.

Por todo ello, al médico de cabecera le hubiera resultado imposible identificar la neoplasia a partir de la radiografía solicitada el 25 de febrero de 2010, ya que ni por el informe del resultado radiológico ni por su valoración del 3 de marzo se lograría identificar un tumor en el pulmón del paciente y por tanto no debería sugerir la realización de otra prueba como la broncoscopia, ya que, además de no ser de su competencia, no le correspondería por razón de nivel asistencial.

En cuanto al retraso en el diagnóstico y posterior tratamiento:

Por tanto, desde que el paciente acude por primera vez al Servicio de Urgencias de Ofra, con fecha 7 de marzo de 2010 hasta su ingreso en el Servicio de Neumología del HUC, apenas transcurrieron 17 días y hasta la sospecha diagnóstica de la metástasis en el TAC de 29 de marzo de 2010 transcurrieron 22 días, período que el SIP considera proporcionado a la gravedad de la patología suscitada. También concluye con que las pruebas fueron prolijas con el objetivo de lograr un diagnóstico de certeza.

(...)

Es a partir del 7 de marzo, al acudir al Servicio de Urgencias, cuando se comienza a sospechar acerca de un posible diagnóstico de neoplasia pulmonar. Las pruebas médicas comienzan a dirigirse en esa dirección, pero no fue nada fácil descubrir la patología real que padecía, puesto que, a pesar de ellas, no se pudo concluir con ese diagnóstico. Incluso la gammagrafía ósea de 5 de abril no apreció las metástasis de columna vertebral que previamente se habían detectado en el TAC. Solo a través de la broncoscopia de 31 de marzo, con biopsia y estudio AP se obtuvo un resultado acerca de la existencia de una neoplasia pulmonar de células grandes.

El SIP continúa en su informe exponiendo que si fue difícil lograr un diagnóstico de certeza para el tercer nivel, es decir, el hospitalario, cuánto más lo habrá sido para los médicos de Atención Primaria. El Jefe de Servicio de Neumología del HUC, en informe de 20 de abril de 2012, manifiesta que la actuación de los miembros del Servicio de Neumología fue correcta en todo momento, y que se utilizaron los medios materiales y protocolos correctos para el diagnóstico y tratamiento del paciente. En cuanto a los miembros de Atención Primaria, y teniendo en cuenta la clínica y radiografías del paciente, considera igualmente que su actuación fue correcta (folio 132)".

2. Pues bien, dados los datos obrantes en la historia clínica del paciente y los informes médicos emitidos a largo de la tramitación del procedimiento que nos ocupa, que han sido recogidos en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, y asumidos por la Propuesta de Resolución, entendemos que esta es conforme a Derecho.

Y es que, ciertamente, como concluye aquella, no deben enjuiciarse las actuaciones médicas *ex post facto*, sino *ex ante*, dados los síntomas y la clínica que presentaba el paciente en cada momento. Y es a partir de estos datos que se formularon los distintos diagnósticos, tratamientos y pruebas efectuadas al paciente en cada fase, y conforme a las distintas patologías que presenta y a la evolución de cada una en cada momento [así, por ejemplo, hernia de hiato, enfermedad celíaca, síndrome ansioso, a lo que se atribuía según el médico de cabecera y el propio paciente su delgadez, que la tuvo siempre, o la posible hipertrofia benigna de próstata, y enfisema pulmonar, con distintas fases de tos y disnea, (...)], siendo compatibles sus síntomas con los diagnósticos efectuados en cada instante y el tratamiento dispensado. Sin embargo, desgraciadamente, se ocultaba otra patología, una neoplasia pulmonar, cuyo diagnóstico solo fue posible tras sospecha instaurada a

partir del 7 de marzo, al acudir al Servicio de Urgencias el paciente, y, aun tras tal sospecha, dirigiéndose en este sentido las pruebas médicas, no fue nada fácil descubrir la patología real que padecía, puesto que, a pesar de ellas, no se pudo concluir con ese diagnóstico, siendo incluso la gammagrafía ósea de 5 de abril negativa para las metástasis de columna vertebral que previamente se había detectado en el TAC. Sólo a través de la broncoscopia de 31 de marzo, con biopsia y estudio anatomopatológico se obtuvo un resultado acerca de la existencia de una neoplasia pulmonar de células grandes, cuando ya el estado de la enfermedad estaba en fase avanzada.

En todo caso, como señala el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, el pronóstico de la neoplasia CPCNP es funesto, ya que se disemina desde las primeras etapas de crecimiento, aun cuando desde el principio se hubiera realizado biopsia mediante broncoscopia. Y a ello debe añadirse que tal proceso diagnóstico se hizo correctamente en la asistencia hospitalaria, siendo imposible en Atención Primaria, ya que la medicina pública tiene sus protocolos de organización por niveles de asistencia y sus tiempos de actuación, y, a la vista de estos, no se contempla realizar una broncoscopia y biopsia como primeras pruebas de elección en un paciente ex fumador con diagnóstico de enfisema.

Por todo ello, entendemos que, tal y como señala la Propuesta de Resolución, la actuación médica fue conforme a la *lex artis* en todo momento, poniendo a disposición todos los medios de diagnóstico y terapéuticos que eran necesarios en cada fase según la clínica del paciente, sin que, por tanto, pueda concluirse la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por el fatal desenlace acaecido.

3. Finalmente, hemos de referirnos al escrito presentado por los interesados con fecha 13 de junio de 2014, en el que manifiestan que el 2 de abril de 2014 se interpuso escrito ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, bajo el número de Autos 33/2014, en el que se desiste del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, dictándose, el 15 de abril de 2014, Decreto del Secretario Judicial en virtud del cual se da por terminado el procedimiento y se ordena su archivo y devolución del expediente administrativo.

Asimismo, a la vista de tal escrito, el 27 de noviembre de 2014 se insta a los interesados a que, de manera expresa, se pronuncien sobre su intención de continuar

el procedimiento administrativo o su desistimiento del mismo. De ello son notificados el 4 de diciembre de 2014, sin que se aporte nada al efecto.

Dada la obligación que pesa sobre la Administración de resolver, así debe hacerlo, pues no consta ni por remisión del Juzgado, ni por aportación de los interesados, la documentación referida por estos en relación con el desistimiento de la acción en el procedimiento que nos ocupa.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, debiendo desestimarse la pretensión resarcitoria formulada por G.S.A., en nombre y representación de M.C.C.O., J.A.P.C. y Z.P.C.