



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 169/2016

(Sección 2ª)

La Laguna, a 24 de mayo de 2016.

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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 158/2016 IDS)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

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

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. Está legitimado para solicitarla el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. En cuanto a los antecedentes de hecho, del escrito de reclamación y del resto de la documentación adjunta se deduce lo siguiente:

La afectada presentó sangrado postmenopáusico con anterioridad a octubre de 2011, por lo que acudió al ginecólogo del Centro de Salud de Arona, quien la remitió a la Unidad de Ginecología Oncológica del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria (HUNSC) el día 5 de octubre de 2011.

El día 25 de octubre de 2011, tras ser valorada se la incluyó en lista de espera para, mediante laparoscopia, efectuarle una histerectomía y doble anexectomía, la

---

\* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

cual se llevó a cabo el día 14 de noviembre de 2011, habiéndole efectuado previamente una resonancia magnética de la pelvis.

4. Una vez que le fue practicada tal intervención quirúrgica, se le realizó la correspondiente anatomía patológica de la pieza extirpada con el resultado de adenocarcinoma endometrioide, tipo I, estadio inicial del tumor, con infiltración linfática y vascular dentro del propio miometrio, lo que aumentaba la probabilidad de metástasis de ganglios.

5. El día 2 de diciembre de 2011, se efectuó valoración del caso por parte del Comité de Tumores del HUNSC, formado por profesionales especialistas en Ginecología y Oncología, quienes consideraron que lo conveniente era iniciar de inmediato el tratamiento con radioterapia y quimioterapia sucesivamente, sin necesidad de realizarle a la interesada una linfadenectomía pélvica. Esta intervención quirúrgica consiste en la extracción de ganglios linfáticos con la única finalidad pronóstica, que no terapéutica, de determinar la agresividad del cáncer que sufre, lo que, a su juicio, había resultado perfectamente determinado en virtud de las pruebas e intervención que le fueron realizadas previamente.

6. Sin embargo, en su escrito de reclamación la afectada manifiesta que solicitó que se le efectuara una linfadenectomía, pero que el Comité referido le expresó la imposibilidad de hacerla por el retraso que supondría dicha intervención a su tratamiento médico.

La afectada solicitó una segunda opinión a los especialistas de la Clínica (...) (clínica privada), quienes le recomendaron su realización. Así, por tal motivo y ante la negativa del Servicio Canario de la Salud, decidió acudir a dicho centro privado con la intención someterse a la misma, que se le efectuó el día 10 de enero de 2012. Tras ella, regresó para someterse en el HUNSC a los tratamientos de radioterapia y quimioterapia ofrecidos por los facultativos del Servicio Canario de la Salud previamente a la intervención.

7. La afectada considera que el retraso en actuar y la negativa injustificada a realizarle la necesaria linfadenectomía, constituyen un mal funcionamiento del servicio, siendo contraria tal omisión a la *lex artis*.

Por ello, reclama en concepto de indemnización una cuantía de 11.651,94 euros, que abarca la totalidad de los gastos médicos, de traslado y estancia que se vio obligada a abonar para tratar correctamente su padecimiento ante la negativa del Servicio Canario de la Salud.

8. Son de aplicación 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 Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

## II

1. El procedimiento se inició por medio del escrito de reclamación, que presentó la afectada el día 12 de junio de 2012.

Posteriormente, el día 27 de agosto de 2012, se dictó la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

En cuanto a su tramitación, cuenta con la totalidad de los trámites preceptivos, incluyendo el informe de los Servicios de Oncología Médica, de Toco-Ginecología, del Comité de Tumores del HUNSC y del Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud, que se tienen en cuenta en la Propuesta de Resolución; apertura del periodo probatorio, sin que se propusiera la práctica de prueba alguna; y, finalmente, se le otorgó el trámite de vista y audiencia, no formulando alegaciones.

2. En un primer momento, se elaboró la Propuesta de Resolución, acompañada del borrador de la Propuesta definitiva (se desconoce la fecha); luego, se emitió el informe de la Asesoría Jurídica departamental el día 5 de mayo de 2016; y, por último, el día 10 de mayo de 2016 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio años atrás sin justificación para ello. Sin embargo, esta demora no obsta para resolver expresamente, existiendo deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los legales o económicos que pudiera comportar (arts. 42.1 y 7; 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC).

3. Por otra parte, concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previsto en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC.

## III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada, puesto que el órgano instructor considera que, con base en la documentación obrante en el expediente, no es cierto que existiera un retraso en el tratamiento de la interesada

que impidiera realizar la linfadenectomía, sino que, por el contrario, realizarla sí hubiera supuesto un retraso en el comienzo del tratamiento médico adecuado a su enfermedad.

A juicio de los facultativos del Servicio Canario de la Salud, primaba el comienzo inmediato del tratamiento médico frente a la realización de otra prueba pronóstica, que no terapéutica, de una enfermedad perfectamente determinada y diagnosticada.

Por todo ello, se estima que se actuó sin retraso en el tratamiento médico de la interesada y conforme a la *lex artis*. Además, fue la interesada quien libremente decidió hacerse la referida prueba en el ámbito de la Medicina privada sin que su omisión constituya en este caso una *praxis* médica deficiente.

Por tanto, no concurre relación causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño reclamado.

2. Antes de entrar en el fondo, es preciso determinar el objeto del presente asunto, pues la reclamación planteada por la interesada no persigue el abono de unos gastos ocasionados como consecuencia de un error de diagnóstico (fuera negligente, vencible, razonable o invencible) tras la realización de las pruebas debidas y razonables -lo que no ocurre en este supuesto, ya que la interesada no cuestiona la validez del diagnóstico emitido por los facultativos del Servicio Canario de la Salud- sino el que no se agotaran todas las probabilidades diagnósticas posibles, especialmente la referida a la linfadenectomía con el fin de determinar aún más la extensión del cáncer que padecía.

Así, como se ha señalado en otros supuestos similares por parte de este Consejo Consultivo:

«No se trataría, pues, de un procedimiento de reembolso de gastos como consecuencia de una “asistencia sanitaria urgente” (art. 5.3 del Decreto 65/1993, de 20 de enero, por el que se regula la Ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud) pues la situación no era de riesgo vital, aunque sí preocupante sobre todo dado los primeros diagnósticos, razón por la que la reclamación de esos gastos se ha articulado a través de un procedimiento de responsabilidad patrimonial como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario.

En este caso concreto, la asistencia sanitaria que se estima defectuosa se imputa al servicio de diagnosis, prestado por el Servicio Canario de la Salud, que erró el diagnóstico correcto y, habría que añadir, que no agotó las variables diagnósticas o alternativas diagnósticas, de conformidad con la información que se iba derivando de las pruebas que se le realizaban al paciente» (véase el Dictamen 288/2008, de 14 de julio).

Por ello, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, lo que se solicita por la interesada es el abono de los gastos generados por la prueba diagnóstica que, a su juicio, se vio obligada a realizar en una clínica privada por haber sido denegada incorrectamente por el Servicio Canario de la Salud, suponiendo una actuación contraria a *lex artis* pues la negativa impidió mayor concreción del pronóstico de su enfermedad.

3. De este modo, a la hora de entrar en el fondo, se ha de analizar primeramente si la actuación de los facultativos del Servicio Canario de la Salud ha sido adecuada y conforme a *lex artis*, especialmente en lo que se refiere a la linfadenectomía pélvica ya mencionada.

En el informe emitido por el Jefe de Servicio de Oncología Médica del HUNSC se afirma en relación con tal prueba que la realización de la misma no iba a variar la actitud terapéutica de la interesada, como así ocurrió. Y que dicha prueba «(...) no muestra beneficio en la supervivencia global ni el intervalo libre de dicha enfermedad, cuando se comparan grupos de pacientes sometidos o no a linfadenectomía».

Además, añade que en las guías clínicas de la Sociedad Europea de Oncología Médica y de la *National Comprehensive Cancer Network* no recomiendan la realización de la linfadenectomía pélvica de forma rutinaria.

Asimismo, el Jefe del Servicio de Toco-Ginecología del HUNSC indica en su informe, coincidiendo con el criterio del especialista anterior, que la linfadenectomía solo tiene un carácter pronóstico y no terapéutico.

4. Por su parte, en el informe del Comité de Tumores Ginecológicos del HUNSC se explica de forma clara el motivo por el que se consideró inadecuado someter a la interesada a la referida prueba pronóstica. En este sentido, se señala que el inicio precoz de la terapia adyuvante (radioterapia y quimioterapia) suponía una ventaja toda vez que realizar la intervención que la interesada solicitaba hubiera implicado una nueva espera, la correspondiente a sus resultados, lo que habría supuesto con toda seguridad un retraso en procurarle el tratamiento médico que su dolencia requería, como así realmente ocurrió, y ello implicaba aumentar el riesgo de una evolución tórpida de su enfermedad.

Por último, en dicho informe se aclara que no es cierto que la prueba solicitada no se le realizara por un retraso en el tratamiento de su enfermedad, sino que la

realización de ella suponía, *per se*, un retraso inadecuado en el inicio del tratamiento médico que correspondía.

5. A mayor abundamiento, se ha de tener en cuenta un hecho indubitado y evidente, vinculado de forma directa con las manifestaciones efectuadas por los especialistas anteriormente referidos. En efecto, la interesada, tras someterse a la prueba mencionada en un centro privado, se sometió al tratamiento inicialmente previsto y ofrecido por el Servicio Canario de la Salud, radioterapia y quimioterapia, sin que haya probado por medio válido en Derecho que dicho tratamiento médico varió en modo alguno tras la intervención efectuada en la mencionada clínica privada, lo que demuestra suficientemente la nula influencia de la misma en la curación y evolución de la enfermedad de la interesada.

Por tanto, no se ha probado que los facultativos del Servicio Canario de la Salud hayan actuado de forma contraria a la *lex artis*, pues han cumplido satisfactoriamente con su obligación de medios, ofreciéndole a la reclamante la totalidad de los medios personales y materiales disponibles con la finalidad de llevar a cabo un adecuado y eficaz tratamiento de su grave enfermedad, denegándole aquel que implica un retraso en el inicio del tratamiento, que por el tipo de enfermedad que padecía requería de la mayor premura.

6. En lo que se refiere al abono de los gastos derivados de la realización de una prueba de nulo valor terapéutico, dirigida a determinar el posible pronóstico de una enfermedad perfectamente diagnosticada por los facultativos del Servicio Canario de la Salud, que no supuso cambio alguno en su tratamiento, y que se efectuó por decisión voluntaria de la afectada, es preciso hacer referencia al criterio jurisprudencial mantenido al respecto por el Tribunal Supremo.

Así, en la Sentencia de la Sala de lo Social de dicho Tribunal, de 8 de noviembre de 1999, se señala, con referencia a la doctrina consolidada en relación con esta materia, lo siguiente:

«(...) en tanto la urgencia del caso clínico, unida a la desatención efectiva del enfermo, o solamente esta última, no imponga a los familiares del mismo y previos los asesoramientos facultativos suficientes el deber de hospitalización inmediata y utilización de la asistencia privada, para evitar que se ponga en peligro la vida o la curación definitiva del paciente supuestos de excepción muy calificada, (...) los gastos que el tratamiento particular de emergencia origine deben correr a cargo del Seguro».

En este mismo sentido, el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, dispone que:

«La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero».

7. Por tanto, son dos los supuestos en los que procede el reembolso de los gastos que reclama la interesada, de acuerdo con la normativa reguladora de la materia y la jurisprudencia: la urgencia vital y la desatención médica, incluyendo el error de diagnóstico. Sin embargo, se insiste, ninguno de los mismos concurre en este caso, como ya se ha acreditado, por cuanto no solo no ha habido error de diagnóstico, sino que la alternativa propuesta por el Servicio Canario de la Salud implicaba un tratamiento precoz y adecuado de la enfermedad que padece la interesada y, por supuesto, si bien era necesario tratarla con la mayor rapidez posible, la no realización de tal prueba no implicaba, en modo alguno, el riesgo propio de una urgencia vital.

8. Por todo ello, fue la reclamante quien decidió voluntaria y unilateralmente someterse a la referida prueba pronóstica, en contra del criterio médico de los facultativos del Servicio Canario de la Salud, debidamente justificado, y, por ello, es a la interesada, de manera exclusiva, a la que le corresponde afrontar tales gastos, no concurriendo relación causal entre el correcto funcionamiento del servicio público sanitario y el daño reclamado.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada se considera conforme a Derecho, de acuerdo con la argumentación que se expone en el Fundamento III, por lo que procede desestimar la reclamación interpuesta por (...).