



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 4 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 6 de junio de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por formulada por (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 267/2018 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Acuerdo indemnizatorio formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS), tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos 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. Los antecedentes de hecho, teniendo en cuenta la documentación incorporada al expediente, son los siguientes:

La reclamante manifiesta que su madre y representada, de 62 años de edad y con antecedentes de hipercolesterolemia y diabetes mellitus Tipo II, acudió el día 9 de noviembre de 2016 a su Centro de Atención Primaria, donde regularmente era tratada por su médico de cabecera, la doctora (...), manifestando a la misma que

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

presentaba un aumento del volumen de su muñeca derecha, la cual le dolía, irradiando el dolor hacia el antebrazo y le hacía sentir disestesias y parestesias en el primer y segundo dedo de la mano derecha. La doctora le diagnosticó síndrome del túnel carpiano, le prescribió antiinflamatorios y analgésicos, realizando interconsulta con el Servicio de Traumatología, además de solicitar una radiografía del carpo derecho.

La madre de la reclamante acudió, posteriormente, a diversos servicios de urgencias de Centros hospitalarios dependientes del SCS porque seguía presentando los mismos síntomas, e incluso volvió por el mismo problema a su Centro de Atención Primaria, continuando la referida doctora con el mismo diagnóstico y tratamiento.

Consta que al no hallar mejoría de sus dolencias acudió al ámbito de la medicina privada, pues el día 15 de diciembre de 2016 acudió a la consulta privada de un especialista en traumatología, que sin hacerle prueba alguna, consideró que la paciente padecía una tenosinovitis de Quervain, tratándola localmente con infiltración tendinosa de corticoide y le recomendó el uso de muñequera con sujeción del pulgar; el día 7 de octubre de 2017, al no mejorar acudió a la consulta privada de una especialista en reumatología, quien le diagnosticó tendinopatía del manguito rotador del hombro derecho con limitación funcional, sintomatología de síndrome del túnel carpiano en relación con la inflamación del compartimento flexor de la muñeca derecha, tenosinovitis de los flexores de la mano derecha y le pauta tratamiento analgésico y antiinflamatorio.

4. El día 10 de enero de 2017 acudió nuevamente a la consulta con la doctora ya mencionada, manifestándole que sufría un dolor severo en el hombro derecho e impotencia funcional en la extremidad derecha y se le prescribió el correspondiente tratamiento. Tres días después regresó a su Centro asistencial y refirió a la doctora que uno de los especialistas a los que acudió le realizó un TAC y solicitó la realización de una mamografía.

La paciente comentó a la doctora que lleva años sin hacerse radiografías, motivo por el que la misma le indicó que se la citará el día 30 de octubre de 2017 para efectuar tal prueba, pero la paciente se negó, señalando que se la haría en el ámbito privado.

El 19 de octubre de 2017 acudió nuevamente a la doctora mencionada y le mostró los resultados del TAC, en los que constaba que hay cambios degenerativos en las vértebras C5-C7. El día 23 de octubre de 2017 volvió nuevamente con los resultados de la mamografía que se le realizó en un Centro hospitalario privado,

constando en el informe que no se observaban densidades asimétricas, distorsiones arquitecturales ni microcalcificaciones agrupadas sospechosas con ganglios axilares de tamaño y morfología normal; sin embargo, la doctora referida, pese a tales resultados que no muestran malignidad alguna, decidió con carácter preventivo realizar interconsulta con el Servicio de Patología Ginecológica del HUNSC al que, además, le solicitó la realización de una mamografía bilateral.

5. Posteriormente, aumentaron sus dolores acudiendo a urgencias de diversos Hospitales del SCS y el día 30 de octubre de 2017 acudió nuevamente a la doctora mencionada comentándole el empeoramiento de los síntomas previos y que desde hacía dos semanas presentaba edema en la extremidad superior derecha y, si bien se le realizó interconsulta con el Servicio de Cirugía Vasculuar, finalmente se decidió que la paciente acudiera al Servicio de Urgencias del HUNSC.

Ese mismo día se presentó en dicho Hospital, donde quedó ingresada y, tras realizarle diferentes pruebas y ser tratadas por varios especialistas, se le diagnosticó un cáncer de mama de alto grado con necrosis, pues presentaba en su mama derecha hallazgos sugestivos de proceso tumoral de origen mamario con afectación de compartimentos ganglionares axilares, retropectores, supra e infraclaviculares y cadena mamaria interna derecha, siendo tratada por el Servicio de Oncología del HUNSC.

Con posterioridad al inicio del presente procedimiento, mediante escrito de la reclamante, se pone en conocimiento del SCS que la paciente falleció el día 9 de febrero de 2018 (error en la fecha de la certificación, no es 2008, sino 2018, página 540 del expediente), como consecuencia del cáncer que padecía.

6. De la documentación que se incorpora al escrito de reclamación y de lo expuesto en el escrito de alegaciones, presentado con ocasión del trámite de vista y audiencia, se deduce, que la reclamante considera que el fallecimiento de su madre se ha producido como consecuencia del retraso en el diagnóstico del cáncer de mama que sufría, ocasionado, principalmente, por la actuación de la doctora (...) que la atendía normalmente, quien consideró erróneamente que los problemas de su madre eran de índole traumatológico y no debidos a un cáncer de mama, lo que supone una actuación médica contraria a la *lex artis*.

Por ello, se reclama la correspondiente indemnización, comprensiva del daño sufrido, que cuantifica en 20.000 euros.

7. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma.

También son de aplicación: la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

II

1. El procedimiento comenzó con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada el 28 de febrero de 2017 en el Registro General de la Delegación del Gobierno de Burgos y signado de entrada en la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias el 1 de marzo de 2017.

El día 23 de marzo de 2017, se dictó Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

El procedimiento cuenta con el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud y el informe de la doctora (...).

Además, se procedió a la apertura del periodo probatorio el 7 de marzo de 2018, si bien la reclamante no propuso la práctica de prueba alguna. Asimismo, consta el trámite de vista y audiencia otorgado a la reclamante en la misma fecha, que presentó escrito de alegaciones el 23 de marzo de 2018, tras la subrogación del hijo de la interesada el 15 de marzo de 2018. Tras el escrito de alegaciones se emitió un informe complementario del SIP y se le otorgó nuevamente trámite de audiencia a la reclamante, que presentó un nuevo escrito de alegaciones.

El día 15 de mayo de 2018, se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio, sin justificación para ello; pero esta demora no impide resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP.

2. Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. LPACAP).

Además, es necesario tener en cuenta que la interesada (reclamante) que presentó la reclamación falleció durante la tramitación del presente procedimiento, presentando su hija un escrito en el que consta no sólo que asume la representación de su hermano en lo que al presente procedimiento se refiere, sino que manifiesta de forma expresa la voluntad de ambos de que el procedimiento presente continúe pese al fallecimiento de su madre, lo que supone que mediante dicha continuación de su intervención en el procedimiento, esta intervención es ahora en nombre propio y en el de su hermano y que están reclamando lo que le era debido a su madre, es decir, que reclaman a título sucesorio *mortis causa* y no como perjudicados.

En relación con ello en el Dictamen de este Consejo Consultivo 404/2014, de 7 de noviembre, se afirma que:

«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”.

(...) 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); doctrina

de aplicación al presente asunto, máxime, cuando los interesados han presentado la documentación que acredita su relación de parentesco con la paciente fallecida e iniciadora de este procedimiento de responsabilidad patrimonial.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, al considerar el órgano instructor que no concurren los requisitos precisos para declarar la responsabilidad patrimonial del SCS.

En dicha Propuesta de Resolución se afirma, con base en lo manifestado en el informe del SIP, que la sospecha diagnóstica no surge de un ejercicio de intuición, sino de un trabajo deductivo en razón de los síntomas y signos que el paciente va presentando durante la evolución de su enfermedad y el que se vayan tomando decisiones médicas a medida que la enfermedad va conformando su sintomatología no implica que el diagnóstico haya sido erróneo o que haya habido un retraso inadecuado en su emisión.

Además, se concluye en ella señalado que, una vez conocido el diagnóstico definitivo de una patología, y a posteriori, es posible especificar con relativa facilidad, de haber existido la patología en toda su plenitud, qué pruebas hubieran guiado su descubrimiento de forma más precoz. Pero cuando la clínica es compleja o no existen los síntomas suficientes que puedan hacer sospechar inicialmente cual es la patología concreta, como es el caso examinado, es razonable considerar que las pruebas que se solicitaron fueron las adecuadas a la sospecha diagnóstica que se tenía en ese momento, de acuerdo con los síntomas que iban apareciendo.

2. A la hora de entrar en el fondo de este asunto es necesario precisar, en primer lugar, que los interesados consideran que la actuación médica inadecuada y causante del fallecimiento de su madre fue la correspondiente a la doctora (...), que no emitió un diagnóstico correcto, ni solicitó las pruebas precisas para emitirlo de tal manera y a tiempo para evitar que se extendiera el cáncer de su madre de forma insalvable.

Por tanto la cuestión jurídica que se plantea es la correspondiente a la adecuación, desde un primer momento, de los diagnósticos emitidos por ella.

Este Consejo Consultivo, en asuntos similares, ha señalado, como se hace en los DDCC 374/2015 y 85/2016, entre otros, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en relación con la «prohibición de regreso» a la hora de valorar un diagnóstico y una actuación médica inicial, que sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad, o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir

de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006; 19 de octubre 2007); todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los *topoi* (leyes) del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, y 7 de mayo de 2007).

Doctrina que resulta ser plenamente aplicable a este asunto.

3. En la actuación de la referida doctora, que se produjo principalmente entre el 9 de noviembre de 2016 y el 30 de enero de 2017, se pueden distinguir dos periodos de tiempo, el primero desde el 9 de noviembre de 2016 hasta el 13 de octubre de 2017, y el segundo desde ese último día hasta su ingreso en el HUNSC el día 30 de octubre de 2017, cuando acudió a su Servicio de Urgencias.

Durante el primer periodo la patología por la que acudió a su médico de cabecera, la referida doctora en el ámbito de la Asistencia Primaria, fue la correspondiente al dolor e inflamación en su muñeca derecha, diagnosticándosele síndrome del túnel carpiano, lo que ocurrió el 9 de noviembre de 2016 y en base a tales síntomas se le diagnosticó y trató, síntomas que refirió la propia paciente.

De igual manera sus visitas posteriores, tanto en el ámbito del SCS como en la medicina privada, estaban referidas a problemas traumatológicos en mano y hombro derechos, pues en su visita de 7 de enero de 2017 a la consulta privada de reumatología, la doctora (...) le diagnosticó no sólo una patología en el manguito rotador y la pérdida de funcionalidad de su hombro derecho, sino que confirmó que presentaba síntomas propios del síndrome del túnel carpiano, relacionados con inflamación del compartimento flexor de la mano derecha.

Asimismo, el otro especialista que le atendió en su consulta privada el día 15 de diciembre de 2016 no sólo la trató de sus problemas de hombro, sino que le indicó la necesidad de utilizar muñequera con sujeción del pulgar, evidentemente para sus problemas relacionados con el síndrome del túnel carpiano que padecía, confirmando por tres facultativos distintos, dos de ellos especialistas en la materia, el mismo diagnóstico.

El día 9 de enero de 2017, volvió a la consulta de la doctora (...), refiriendo problemas no sólo en la muñeca, sino también en el hombro derecho, por lo que la doctora decidió solicitar interconsulta con el servicio de traumatología para que se le realizara el correspondiente estudio.

4. En el segundo periodo referido, consta que el día 13 de enero de 2017 la paciente vuelve a la consulta de la doctora refiriéndole no sólo que había acudido a un nuevo especialista, quien le indicó la necesidad de realizarse un TAC cervical, lo que indica por sí mismo una patología traumatológica, sino hacerse también una mamografía, quedando probado mediante la documentación incorporada al expediente, incluido el informe de la doctora actuante, que la interesada durante años había decidido voluntariamente no hacerse mamografías, ante lo cual la doctora decidió solicitarle la práctica de una el día 30 de enero 2017, pero la paciente se negó, ya que prefería acudir para ello al ámbito privado.

Durante este periodo la documentación contenida en el expediente indica que en ningún momento la doctora dejó de cumplir no sólo su obligación de poner al alcance de la paciente los medios materiales y humanos con los que cuenta el SCS, sino que a medida que fueron apareciendo nuevos síntomas, como el dolor severo del hombro derecho con el que acudió el día 10 de enero de 2017, adoptó medidas adecuadas a ellos, tales como solicitar interconsulta en diversos servicios médicos, traumatología, rehabilitación, endocrinología y, finalmente, a patología ginecológica. En la consulta del día 23 de enero de 2017, ante los resultados de la mamografía referida, los cuales no determinaban la presencia de síntomas de cáncer de mama, la doctora actuante, para descartar cualquier otra patología solicita interconsulta con el Servicio de Patología Ginecológica del HUNSC con la finalidad de que se le efectúe una nueva mamografía bilateral.

Finalmente, el día 30 de enero de 2017 logra la doctora actuante convencerla, junto con los familiares de la paciente, para que acuda al Servicio de Urgencias del HUNSC, donde tras su ingreso en el mismo y la realización de distintas pruebas, entre ellas la mamografía indicada por la doctora, se le diagnosticó el cáncer de mama.

Además de todo ello, dicha doctora indica en su informe (folios 313-316) que siempre que la paciente acudió a su consulta de asistencia primaria le ofreció acudir a los servicios de urgencias hospitalarios donde se le podían realizar valoraciones completas por especialistas de sus dolencias.

5. Pues bien, teniendo en cuenta lo relatado por la doctora actuante en su informe, en relación con el *iter* de las actuaciones efectuadas, aceptado por el SIP, y

que no ha sido contradicho por los interesados mediante prueba válida en Derecho, procede concluir que la doctora en todo momento fue dando los diagnósticos adecuados a los síntomas que iba presentando la reclamante y remitiéndola a distintos especialistas médicos a los que la paciente no acudió voluntariamente, poniendo a su disposición todos los medios con los que cuenta el SCS, pues solicitó diversas pruebas, incluidas las ginecológicas aun cuando la mamografía que aportó la paciente no indicaba la presencia de cáncer de mama. Todo ello demuestra que la doctora siempre tuvo en cuenta la aparición de nuevos síntomas y la evolución de los que inicialmente presentaba la paciente, sin que tampoco se haya probado que el diagnóstico de los síntomas iniciales, síndrome del túnel carpiano, fuera erróneo, pues incluso se confirmó por los distintos especialistas privados a los que acudió la interesada.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que este Consejo Consultivo sigue, como debe ser, la reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario, que utiliza el criterio de la *lex artis* como parámetro delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria (por todos, DCCC 50/2016), de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas médicas vigentes en función del conocimiento de la ciencia y la práctica sanitaria, procede afirmar que se ha demostrado que la actuación de la doctora y del resto de los servicios dependientes del SCS, que intervinieron en el proceso médico de la paciente, fue conforme siempre a dicha *lex artis*. Se trata de una obligación de medios (humanos y materiales), no de resultados, pues éstos no pueden ser garantizados en todos los casos, por lo que sólo cabe cuestionar su indebida, o ausente aplicación.

6. Consecuentemente, no se ha demostrado la concurrencia de los requisitos determinantes de la relación causal entre el funcionamiento del Servicio y el daño por el que reclaman los interesados.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación presentada, se estima conforme a Derecho según se razona en el Fundamento III.