



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 367/2020

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 5 de octubre de 2020.

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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 312/2020 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (PR), 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, pues se considera que, de estimarse la reclamación por los daños alegados, la cuantía debe exceder de 6.000 euros, 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 solicitarlo el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. El órgano competente para instruir y resolver de este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, 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.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el Servicio Canario de la Salud.

4. 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 porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma.

También son aplicables la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 11/1994 de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y 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.

II

En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, procede reproducir lo expuesto en el Dictamen de este Consejo Consultivo 480/2019, de 19 de diciembre, emitido en relación con este asunto, manifestándose al respecto que:

«Expongo que en la fecha del 12 de enero de 2018. Mi marido (...) asistió a la doctora (...) en el Centro de salud del CONO SUR aquejado de un dolor abdominal, sin hacerle ningún tipo de pruebas le diagnosticó gases y estrés y hasta casi un mes después el día 15 de febrero no se le realizó una analítica y con un resultado de (gamma glutamil transferasa) 723 U/L cuando los valores de referencia están entre (8-61).

En la fecha del 25 de febrero ante el dolor abdominal reiterado acudimos al Centro de Salud de (...). Donde la doctora tras ver los resultados de la analítica anterior nos envió directos a las Urgencias del Hospital Insular donde solo se le recetó Nolotil y sin hacer ningún tipo de pruebas se le envió a casa en cuestión de horas. Volviendo esa misma noche los fuertes dolores abdominales.

En la visita al Centro de Salud el día 2 de marzo de 2018 la doctora nos dijo como resultado de la segunda analítica realizada el 23 de febrero que podría ser una antigua hepatitis que pudo a ver tenido de niño sin diagnosticar. Mientras los niveles de (gamma glutamil transferasa) eran superiores (807 U/L) a la primera analítica.

Ante esta situación nos vimos obligados a ir al Hospital privado de (...). Donde tras una Ecografía Abdominal se le detecto metástasis hepáticas esa misma tarde e ingresando ese mismo día en el Hospital Insular.

El día 9 de marzo tras una biopsia se le dio el diagnostico final de cáncer de páncreas con metástasis hepática, falleciendo a causa de fallo hepático el 6 de junio de 2018».

III

1. El procedimiento comenzó el día 8 de octubre de 2018, a través de la presentación de la reclamación efectuada por la interesada.

2. El día 12 de noviembre de 2018, se dictó la Resolución núm. 2.973/2018 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación de la interesada.

Después de la correspondiente tramitación procedimental, el día 4 de noviembre de 2019 se dictó la Propuesta de Resolución acompañada de borrador de la Resolución definitiva y del informe de la Asesoría Jurídica Departamental, que fue objeto del Dictamen de este Organismo 480/2019, ya referido, por el que se solicitaban varios informes complementarios a los emitidos inicialmente.

En concreto se solicitaba que la Directora del Centro de Salud Cono Sur emitiera un informe en el que concretara de forma exhaustiva y pormenorizada en qué consistió la mala actuación que le llevó a reconocer de forma categórica en escrito la veracidad de las alegaciones efectuadas por la interesada acerca de la deficiente actuación médica causante del fallecimiento de su esposo; Así mismo, una vez emitido tal informe era necesario que se emitiera un segundo informe de especialista en la materia del SCS, distinto a los actuantes, acerca de si pudiera decirse que se trataba de cáncer de páncreas en fase temprana y si era difícil de diagnosticar, teniendo en cuenta las visitas del fallecido a los centros de salud, sus síntomas, el resultado de la analítica realizada el día 15 de febrero, el resultado de la ecografía el día 2 de marzo, y el diagnóstico que ese mismo día, 2 de marzo, se señala tanto en el informe de la prueba diagnóstica como en el servicio de urgencias público, e igualmente, sobre el grado de influencia que pudo tener la mala praxis médica en el resultado final, que evidentemente la tuvo, si bien se desconoce su extensión. Se señalaba igualmente que tales informes debían integrarse en el expediente y ser objeto de adecuada ponderación por parte del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) mediante informe complementario.

El día 12 de marzo de 2020 se emitió informe aclaratorio por la doctora (...), Directora del Centro de Salud Cono Sur; el día 13 de marzo de 2020 se emitió por la especialista en la materia, distinta de los actuantes, el informe complementario sobre los hechos y el día 20 de mayo de 2020, el informe complementario del SIP.

Posteriormente, se le otorgó el trámite de vista y audiencia a la interesada, quien no presentó escrito de alegaciones.

Por último, el día 13 de julio de 2020 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva.

3. Concurren los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. LRJSP).

En relación con la legitimación activa de la interesada, se ha demostrado que es heredera del fallecido y es necesario recordar que este Consejo Consultivo ha señalado, en relación con la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos de la persona afectada por el hecho lesivo que le ha ocasionado su fallecimiento, como ocurre en este caso, lo siguiente (Dictamen 283/2020, de 9 de julio):

«En cuanto a la legitimación activa de los reclamantes, se plantea el problema jurídico de la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos del paciente fallecido. Caben distintas hipótesis: Una sería aquella que entiende que el daño genera un derecho de crédito para el fallecido que se incorpora a la masa activa de la herencia y se trasmite a sus herederos. Otra, que los herederos sólo pueden reclamar un daño moral a título propio, por los daños personales derivados de la asistencia sanitaria recibida. Sobre si la acción para reclamar el daño moral es transmisible a los herederos, es una cuestión que ha planteado amplio debate doctrinal y jurisprudencial.

A este respecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de octubre de 2013 (rec. 780/2006) expone la problemática procesal. Dice este fragmento de la sentencia:

“Ello nos lleva a la vieja problemática relativa al titular del resarcimiento del daño causado por la muerte, donde se prodigan posturas de signo contrario, la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por el vivo que muere y que transmite a título hereditario a sus herederos y la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por los perjuicios que sufren los familiares allegados del muerto por razón de su muerte a título de responsabilidad patrimonial. El criterio del resarcimiento de los familiares perjudicados a título propio se ajusta mejor al norte de la justicia resarcitoria porque, de un lado, permite compensar perjuicios sufridos por quienes no son herederos y porque simultáneamente evita reconocer indemnización a herederos que no sufren perjuicios por la muerte de la víctima, como sucede con aquellos que no estén ligados afectivamente con la víctima o incluso, con el Estado, cuando, por falta de parientes, es el heredero de la víctima.

En este sentido, la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: `Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge

como *‘iure hereditatis’*, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte *‘iure proprio’*, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien *‘vida’* sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible *‘mortis causa’* a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales *‘iure hereditatis’*”.

Nos inclinamos, de acuerdo con la sentencia invocada, por considerar que en este caso se reclama un daño moral, que sólo puede ejercitarse a título personalísimo por los herederos perjudicados y que, por tanto, no es un derecho de crédito que forme parte de la masa activa de la herencia».

Esta doctrina, por tanto, resulta ser plenamente aplicable al supuesto de hecho que aquí se analiza.

IV

1. La nueva Propuesta de Resolución, como la anterior remitida a este Organismo, también desestima la reclamación efectuada por la interesada, ya que se continúa considerando por el órgano instructor que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En la misma se afirma de nuevo que *«Indicar en relación con la atención prestada en las fechas anteriores al diagnóstico de Cáncer de páncreas, que una vez conocido el diagnóstico definitivo de una patología y siempre a posteriori, es posible especificar con relativa facilidad, de haber existido la patología en toda su plenitud, qué pruebas hubieran guiado con prontitud a descubrirla. Pero cuando no existen los síntomas suficientes, o una clínica clara, -sino más bien inespecífica como en el caso examinado- que nos hagan sospechar la patología que posteriormente se observará, es razonable pensar que las pruebas solicitadas eran las adecuadas a la sospecha diagnóstica que se tenía en cada momento»*.

2. En lo que se refiere a la cuestión de fondo de este asunto, es preciso recordar lo señalado en el Dictamen anterior *«(...) se deduce con toda claridad del escrito de reclamación presentado por la interesada que la misma entiende que la actuación médica que se le dispensó a su esposo en el Centro de Salud del CONO SUR por parte de la doctora, dependiente del SCS, entre el 12 de enero de 2018 y el 2 de marzo de 2018 fue del todo deficiente, constituyendo una mala praxis médica contraria a la lex artis, ya que el*

diagnóstico que reiteradamente dio la doctora fue erróneo, siendo el origen del error, a su juicio, el que la misma se negó a efectuarle a su marido una prueba tan sencilla, pero determinante, como una ecografía abdominal, viéndose obligados a acudir al ámbito de la medicina privada para lograr su realización, prueba que mostró la verdadera patología que sufría el paciente».

3. A la hora de analizar la cuestión de fondo, en primer lugar, es preciso hacer referencia al escrito que le remitió a la interesada el 3 de diciembre de 2018, meses después de haberse presentado la reclamación de responsabilidad patrimonial, la doctora (...), Directora del Centro de Salud Cono Sur, que se adjuntó al escrito de alegaciones presentado con ocasión del trámite de audiencia. En dicho escrito se manifestaba lo siguiente:

«Como muy bien describe usted en su reclamación las actividades asistenciales no se desarrollaron como sería deseable para todos.

Rogamos acepte nuestras disculpas por las molestias ocasionadas.

Nosotros por nuestra parte, ya hemos puesto los medios a nuestro alcance, para que en la medida de lo posible, no se repitan situaciones similares en el futuro».

Pues bien, tal y como se señaló en el Dictamen anterior de este Consejo Consultivo, del tenor literal del mismo se desprende sin duda alguna que con él se está reconociendo la realidad de la deficiente asistencia prestada al esposo de la interesada por parte de los servicios dependientes del SCS.

Sin embargo, en el informe aclaratorio de la Directora del Centro de Salud Cono Sur se afirma al respecto que con su escrito lo que realmente quiso transmitirle fue la insatisfacción que el fallecimiento del esposo de la interesada supuso para ambas partes, es decir, para los doctores que lo trataron y para la misma interesada, sin que tal insatisfacción estuviera relacionada en modo alguno con la pertinencia o impertinencia de las asistencia médica prestada, pues lo que únicamente estaba haciendo era lamentar el resultado final y la insatisfacción de la propia interesada.

Por lo tanto, de este informe aclaratorio se puede deducir que la Directora no tuvo la intención de atribuir al SCS la responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo, pues no consideró que se hubiera incumplido la obligación de medios que le es propia.

4. En segundo lugar, en el informe complementario del SIP, que tiene en cuenta el resto de informes complementarios emitidos a solicitud de este Consejo Consultivo, se afirma acerca de la actuación médica cuestionada lo siguiente:

«2.- Asimismo, en la misma línea que expusimos en nuestro informe inicial, el Servicio de Medicina Interna del CHUIMI, pone de manifiesto que, generalmente, el cáncer de páncreas da la cara cuando ya se encuentra en estadios avanzados y con metástasis, lo que refleja, también en este paciente, que una ecografía abdominal realizada unos días antes, no podía traducirse en un diagnóstico temprano de la enfermedad, y mucho menos, una vez conocido el diagnóstico del cáncer avanzado, estadio IV.

3.- La clínica inespecífica de dolor abdominal intermitente, que se inició en enero de 2018, sin la presencia de ictericia, pérdida de peso, ni ningún otro síntoma de alarma, no sugería malignidad, por lo que no se puede afirmar que sospechar y diagnosticar un cáncer de páncreas en este paciente era fácil.

4.- La ecografía abdominal realizada en fecha 02/03/18, en el marco del estudio de hipertransaminasemia (resultado analítico que en su contexto no exigía actuación urgente y para lo cual su Médico había realizado otros estudios y solicitado interconsulta a Digestivo), objetivó metástasis hepáticas, y el estudio concluyó con el diagnóstico de Cáncer de páncreas, estadio IV, con metástasis hepáticas, un diagnóstico que nos lleva a considerar que el pronóstico, incluso realizando la ecografía el 12/01/18 (un mes y medio antes), al iniciarse la sintomatología inespecífica, no hubiese variado el mal pronóstico de su enfermedad».

Todo ello permite considerar que, en el momento de los hechos, los síntomas del paciente eran inespecíficos y en modo alguno eran indicativos de malignidad, lo que supone que, en el Centro de Salud se actuó correctamente sin que fuera exigible o médicamente necesario realizarle una ecografía abdominal al paciente en ese primer momento; pero incluso si se le hubiera realizado la misma solo habría mostrado que el paciente padecía un cáncer tan avanzado, cuya curación hubiera sido del todo imposible.

En relación con ello también se ha de tener en cuenta que, como se informa, el cáncer de páncreas por sus propias características solo produce síntomas cuando ya se encuentra en un estado muy avanzado y habiendo producido metástasis.

Así mismo, la interesada no ha logrado demostrar que la actuación médica que cuestiona, la acontecida el 12 de enero de 2018, haya sido contraria a *lex artis*, ni que el SCS haya incumplido con la obligación de medios que le es propia, pues no ha aportado ningún medio probatorio al efecto, ni ha contradicho los informes médicos mediante la aportación de pericial médica.

5. Este Organismo, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, en relación con la «prohibición de regreso» a la hora de valorar un diagnóstico y una

actuación médica inicial, ha manifestado, por ejemplo, en el reciente Dictamen 294/2020, de 13 de julio, que:

«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)».

Esta doctrina es aplicable al presente asunto, pues por los motivos ya expuestas resulta ser evidente que la interesada valoró la actuación inicial conforme a los síntomas que presentó su esposo tiempo después, especialmente, el día 12 de enero de 2018 y no en el momento inicial de la enfermedad, lo que implica que en modo alguno se puede considerar que el diagnóstico inicial fuera erróneo o como se califica por ella negligente e irresponsable.

6. Además, en dicho Dictamen se recuerda lo manifestado por este Consejo Consultivo en relación con la obligación de medios que le es propia a la Administración sanitaria, lo que también es aplicable a este asunto, señalándose que:

«3. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, en relación con la obligación de medios que le corresponde a la Administración sanitaria y el criterio de la lex artis como delimitador de los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre, 69/2019, de 28 de febrero, 341/2019, de 3 de octubre y 442/2019, de 28 de noviembre), procede tener en cuenta 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. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita

diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

*Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).*

*Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP)».*

En el asunto que nos ocupa, en todo momento se ha cumplido con dicha obligación de medios, poniendo a disposición del paciente todos los medios personales y materiales con los que contaba en ese momento el SCS, siempre adecuados a su patología, que fue la determinante por sí misma del inevitable resultado final.

Por todo ello, debemos concluir que la interesada no ha demostrado la existencia de relación causal entre el correcto funcionamiento del Servicio y el daño sufrido.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, objeto de este Dictamen, que desestima la reclamación, es conforme a Derecho en virtud de lo razonado en el Fundamento III de este Dictamen.