



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 6 / 1 9 9 7

La Laguna, a 2 de octubre de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *Propuesta de orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por A.M.R., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de Salud (EXP. 71/1997 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, es una propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial incoado por el Servicio Canario de la Salud por los daños causados, presuntamente, a A.M.R., como consecuencia de la atención médica recibida en diversas dependencias del citado Servicio. El citado expediente de responsabilidad patrimonial fue incoado a instancia de parte mediante escrito presentado el 30 de octubre de 1996 por hechos que se remontan a 1992, según detalla su escrito de reclamación.

Del contenido de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo en relación este último precepto con el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 21 de abril, del Consejo de Estado y con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

* **PONENTE:** Sr. Plata Medina.

II

Se cumple el requisito de legitimación activa porque la reclamante pretende el resarcimiento de una lesión de carácter personal.

La persona pública que está legitimada pasivamente es el Servicio Canario de Salud (S.C.S.), porque, según los arts. 45 y 50 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC) en relación con el art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y los arts. 4 y 7 de la Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (LHPCan), se trata de un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, al que corresponde, entre otras funciones, la prestación de los servicios de asistencia y la gestión y administración de los centros sanitarios [arts. 45, 50.3 y 51.1.g), h), i) LOSC], lo que lo convierte en un centro de imputación separado de su Administración matriz (la autonómica) al que se deben referir las relaciones jurídicas que genera en su tráfico administrativo y la responsabilidad derivada de los actos y hechos que constituyen dicho tráfico.

A esta legitimación pasiva del SCS no empece que el órgano competente para resolver este procedimiento sea, en virtud del art. 142.2 LPAC en relación con el art. 50.2 LOSC, el titular del Departamento al que está adscrito. Que el órgano competente para dictar la resolución propuesta sea el Consejero de Sanidad resulta del art. 142.2 LPAC en relación con la disposición final primera de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (LGA) y con el art. 50.2 LOSC; de donde se deriva que el órgano competente para incoar, instruir y formular la propuesta de resolución en este tipo de procedimientos sea el Secretario General del Servicio Canario de Salud (SCS) en virtud del art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autónoma (DODA) en relación con los arts. 10.3 y 15,a) del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, que aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento del SCS (ROSCS). Las competencias respectivas del Consejero y del Secretario General del SCS que se acaban de señalar han sido fundamentadas por extenso en los Dictámenes 78, 79 y 81/1996 de este Consejo, a los que se remite para evitar repeticiones innecesarias.

No es obstáculo a esta legitimación pasiva del SCS la circunstancia de que los hechos a los que se imputa la causación del daño hayan sido en parte realizados al reclamante en el marco de la asistencia sanitaria que dispensaba el INSALUD en Canarias antes de la transferencia, por obra del Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo, de sus funciones y servicios a la Comunidad Autónoma; porque, como hemos fundamentado por extenso en los Dictámenes 113/1996, de 23 de diciembre, 6/1997 y 8/1997, ambos de 30 de enero, aquí se está ante una sucesión entre entes públicos en virtud de la cual el ente sucesor, la Administración de la Comunidad Autónoma y sus personificaciones instrumentales, se subroga en la misma posición jurídica que el ente sucedido, la Administración central (SSTC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2; y 85/1984, de 26 de julio, FJ 7). Por ello, la Administración sucesora está legitimada pasivamente frente a los perjudicados por el funcionamiento de dichos servicios con anterioridad a su transferencia, sin perjuicio de que el importe de las eventuales indemnizaciones que satisficiera pueda repetirlo frente a la sucedida (SSTS de 11 de octubre de 1990, Ar. 7895; y de 9 de diciembre de 1993, Ar. 9943). Siendo ello así, no es conforme a Derecho el Fundamento Primero de la propuesta de resolución que se analiza en cuanto considera que si bien existe legitimación pasiva por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canaria en la personificación del SCS no puede ser responsable de los daños sino, en su caso, la Administración del Estado.

En sesión plenaria de este órgano de 30 de julio de 1997 se acordó suspender la emisión del dictamen hasta que por el Servicio Canario de Salud se remitiese documentación complementaria, documentación ésta que fue remitida el 5 de los corrientes alzándose la anterior suspensión.

III

En primer término conviene precisar que la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución Española, y que aparece formulada en el artículo 121 de la LEF y 139 de la LRJAPC, supone que la Administración responde por toda lesión que los particulares sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, esto es, de la gestión administrativa en general, incluso de las actuaciones u omisiones puramente materiales o de hecho y, en su consecuencia, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto

causante de la lesión resarcible. De acuerdo con ello, quedan también comprendidos los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, lo cual supone la inclusión dentro de la fórmula legal de los daños causados involuntariamente y, en definitiva, los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios o por la forma en que estén organizados. En consecuencia, basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto causante del daño; abarcando hechos que, aunque insólitos, tienen lugar dentro de las virtualidades propias que encierra el funcionamiento de esa actividad o servicio, a pesar de ser independiente del actuar del órgano administrativo. Por su parte el concepto jurídico de fuerza mayor (art. 1.105 del Código Civil) está reservado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a los acontecimientos extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad, según su propia naturaleza, y no comprende aquellos hechos que, aunque insólitos, tengan lugar dentro de las virtualidades propias que encierra o provoca la actividad del agente.

IV

Se hace necesario a continuación analizar diferentes irregularidades procedimentales observadas en la tramitación del expediente, que han de ser puestas de relieve, máxime cuando se vienen produciendo de forma reiterada en los expedientes de idéntica naturaleza tramitados por la propia Consejería:

1.- Acuerdo de admisión a trámite de la reclamación.

Figura en el expediente un denominado Acuerdo de admisión a trámite de la reclamación ordenando iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial. A este respecto cabe observar ab initio la contradicción que encierra el mismo en sus propios términos, en la medida en que los expedientes administrativos se inician bien de oficio o a solicitud de persona interesada y, si bien, cuando se inician de oficio, ha de hacerse necesariamente por acuerdo del órgano competente, obviamente cuando se inicia a solicitud del interesado, como es el caso, dicho inicio se produce por la presentación de la solicitud por su parte sin que sea preciso acuerdo alguno por parte de la Administración (arts.68 y siguientes de la LPAC).

2.- Ampliación del plazo de resolución del expediente otros seis meses.

En el expediente figura una resolución en la que, el Secretario General del SCS propone al Consejero que lo acuerda, la ampliación del plazo de resolución por otros seis meses al amparo de las previsiones contenidas al efecto en el artículo 42.2 de la LPAC. Si bien dicho precepto posibilita la ampliación de los plazos por tiempo no superior al inicialmente establecido en la tramitación del procedimiento, la causa para ello aparece reflejada en el propio precepto, esto es, cuando el número de solicitudes formuladas impidan razonablemente el cumplimiento de los plazos, razonabilidad que ha de ponerse en conexión en cada caso -como se ha indicado en anteriores dictámenes - con la fase procedimental en la que se produce dicho acuerdo ampliatorio, y si bien el establecimiento de dicho plazo ampliatorio tiene carácter discrecional, no puede comportar el ejercicio de una arbitrariedad administrativa ni una desviación de poder por separación del fin al que el ordenamiento jurídico condiciona el ejercicio de dicha facultad, por lo que habrá que analizarse, en cada caso, si concurren los presupuestos de hecho necesarios para acordar dicha ampliación que, siempre y, sin mayor motivación, se establece en el tiempo máximo legalmente posible, esto es, otros seis meses.

3- Acuerdo por el que no se procede a abrir período probatorio alguno.

La resolución administrativa que ha de ser adoptada ha de realizarse en función de los datos obrantes en el expediente. Ahora bien, no basta con que esos datos hayan sido aportados, sino que es preciso que hayan sido comprobados. Esta actividad complementaria de la puramente alegatoria se define como prueba y puede ser conceptuada como acto o serie de actos con los que se trata de averiguar la realidad o certeza de los datos que han de ser valorados en la resolución final. Siendo ello así, en primer término, conviene señalar que la apertura de período probatorio tiene carácter preceptivo "cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados" (art. 80.2 LPAC) por lo que, de no darse esta circunstancia, dicho trámite ha de verificarse necesariamente sin que sea conforme a Derecho el acuerdo de rechazar la apertura de un período probatorio obrante en el expediente, al no tener por ciertos los hechos alegados por el interesado. Asimismo, resulta contrario a Derecho dicho acuerdo en cuanto considera que, al tratarse de un acto de mero trámite contra dicha denegación no cabe recurso alguno. A este

respecto conviene precisar que el art. 107 de la LPAC posibilita la interposición de recurso ordinario contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa y contra los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, razón que determina que, en el supuesto objeto de Dictamen, no estemos en presencia de un acto de mero trámite, como señala impropiamente dicho acuerdo, sino de un acto de trámite cualificado - como es denominado por la doctrina - en cuanto que el rechazo de la apertura de un período probatorio puede producir indefensión a la reclamante y, en su consecuencia, susceptible de recurso ordinario.

V

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, del análisis detallado de la propuesta de resolución, en relación con el expediente del que trae causa, resultan los siguientes extremos:

1.- El interesado en su escrito inicial de reclamación realiza las siguientes manifestaciones:

- Desde septiembre de 1992, el reclamante padecía "molestias y tumefacción en región supraclavicular-raíz cervical derecha, aumentando a lo largo del tiempo tanto en intensidad del dolor como en el grado de tumefacción hasta hacerse el dolor del tipo mixto y acompañándose de impotencia funcional en miembro superior derecho". Tumefacción "de consistencia muy blanda (...) no infiltrante del tejido muscular (probable hipertrofia del tejido adiposo).

- Fue objeto de tratamiento médico (Myolastan, Antalgin 550, Voltaren Emulgel, Voltaren 50, Inacid Retard, Inacid cápsulas de 25 mg.) "con sólo alivio ocasional persistiendo la tumefacción.

- Para tratar el mencionado "padecimiento", se indicada en informe clínico de 30 de abril de 1993, la conveniencia de realizar "ecografía de fosa supraclavicular derecha, así como una punción aspiración con aguja fina" de la mencionada tumefacción, recomendándose el estudio y tratamiento de la hiperlipemia padecida por el paciente.

- Después de 3 años desde que se recomendó la realización de la mencionada punción, la misma no ha sido realizada, sin que tampoco el reclamante haya obtenido

un diagnóstico definitivo, agravándose el estado del paciente, que en la actualidad presenta "lipoma en zona cervical" que le ocasiona "dolor y parestesias de MSD", observándose además "hipoventilación pulmonar derecha y tórax excavatum".

- Por tales consideraciones, el hoy reclamante "no ha podido obtener un diagnóstico conforme a su enfermedad (...) lo que le ha imposibilitado presentar la correspondiente solicitud de invalidez laboral transitoria".

- Concluye el escrito de reclamación con petición de la prueba clínica no realizada; del diagnóstico definitivo; así como la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el no tratamiento de su enfermedad.

2.- Los datos y hechos que aporta el reclamante obligan a efectuar su necesario contraste con el resto de la documentación obrante en el expediente, del que se desprenden, como más relevantes, los siguientes:

- Con fecha de 2 de diciembre de 1992, el médico de cabecera le apreció al reclamante bulto en región supraclavicular derecha, que se calificó como "bultoma de consistencia grasa, con dolor que irradiaba a hombro".

- El 10 de diciembre de 1992, el cirujano general informa que el bultoma es "tejido adiposo (...) no delimitándose lipomas ni nódulos, por este motivo no debe tener dolor, [aconsejando] descartar posibles problemas (...) de musculatura cervical".

- El 16 de marzo de 1993, el especialista traumatólogo diagnostica, con envío de propuesta al Servicio de Reumatología, "artritis reumatoide".

- Las notas clínicas de la Unidad de Reumatología correspondientes al 22 de abril de 1993 señalan "probable hipertrofia de tejido adiposo". El informe clínico del mencionado Servicio -de fecha 30 de abril de 1993- efectúa el siguiente diagnóstico: a) no se objetiva "patología reumatológica"; b) se aprecia "tumefacción blanda en la fosa supraclavicular derecha a estudio"; c) "hiperlipemia a estudio". El plan que se propone es el siguiente: 1) "ecografía de la fosa supraclavicular derecha y según la información de la misma y para confirmación diagnóstica, la realización de una punción aspiración con aguja fina de la tumefacción"; 2) "estudio y [tratamiento] de la hiperlipemia"; 3) control por su médico de cabecera".

- El 18 de mayo de 1993 se le realizó una "ecografía" diagnosticándosele "lipoma", sin alteraciones de "distorsión de las estructuras anatómicas normales".

- El 9 de febrero de 1996 el entonces paciente fue remitido desde Atención primaria a Interconsulta urgente de Reumatología, con constancia de que "estuvo pendiente de (que se le) realizara la punción que no llegó a hacerse", circunstancia que asimismo se hizo constar por el mencionado Servicio en informe de 15 de marzo de 1996.

- El 17 de julio de 1997 se le vuelve a diagnosticar "lipoma".

- En las notas clínicas, de la Unidad de Reumatología, correspondientes al 19 de julio de 1996, se puede leer que en tal fecha seguía apreciándose "masa en la fosa supraclavicular derecha, a estudio", así como una "hiperlipemia tipo IV". El tratamiento que se sugiere es el de "dieta pobre en grasas" y administración de Lapid 600 mg./noche.

- El 19 de julio de 1996 se le realiza Rx cervical apreciándosele masa 2x3 cm. de densidad grasa en la zona afectada. Se realiza ecografía supraclavicular de la zona con los mismos resultados que la realizada en 1993.

- En informe de 11 de septiembre de 1996, que documenta el informe citológico del Servicio de Anatomía Patológica, se expresa que realizado PAF (punción biopsia) de partes blandas dio resultado "negativo para malignidad".

- El 23 de septiembre de 1996, de las notas clínicas del Servicio de Reumatología, se diagnostica "lipoma en fosa supraclavicular derecha". Y como Plan: IC "cirugía".

- El 23 de septiembre de 1996, a petición del Servicio de Reumatología, el de Cirugía General informa que el paciente presenta "sintomatología neurológica compatible con síndrome de costilla cervical", pidiéndose consulta a la Unidad de Angiología y Cirugía Vasculat.

- El 19 de diciembre de 1996, se descartan signos de isquemia aguda.

- El 21 de febrero de 1997, la Unidad de Angiología realiza exploración física con resultado negativo, sin apreciarse alteración alguna y se solicita resonancia magnética (RNM) para determinar "las características de la tumefacción y dimensiones", así como la realización de una "electromiografía". El apartado 15 del

informe del Servicio de Inspección (págs. 112 y siguientes del expediente) indica que "en RNM efectuada el 12 de febrero [es decir, en fecha anterior al informe en que se solicitó su práctica] de 1997, "no se evidencia ninguna masa supraclavicular", aunque "objetiva [una] marcada hipoplasia del músculo esternocleidomastoideo derecho con mayor desarrollo del lóbulo derecho del tiroides", precisándose que "probablemente, la falta de cobertura muscular origina la supuesta masa blanda en dicho lugar". No consta en el expediente, sin embargo, el informe del resultado de la mencionada RNM.

- El 2 de abril de 1997 El Servicio de Neurofisiología, tras realizar prueba electromiográfica, no evidencia "signos patológicos en el territorio neurógeno explorado", excluyéndose por ello el "síndrome de salida de tórax neurológico".

- El 18 de junio de 1997, el Servicio de Cirugía General estima que no hay "patología que pudiera necesitar de nuestra actuación quirúrgica", dado que para la "hipoplasia del músculo esternocleidomastoideo (...) no existe indicación quirúrgica".

Una vez analizado el relato de los hechos, se hace preciso contrastar los mismos con los requisitos exigidos por la legislación de aplicación para que pueda prosperar una acción de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, en este caso, del Servicio Canario de Salud. En este sentido, es obvio que el reclamante ha recibido cumplida atención médica desde los primeros momentos en que interesó los servicios médicos del Sistema de salud. Atención que fue seguida del correspondiente tratamiento -fundamentalmente químico-. Bien es verdad que el diagnóstico de la dolencia varió sustancialmente desde los primeros momentos hasta que, finalmente, se ha identificado la patología que aqueja al reclamante (bultoma graso; artritis reumatoide; síndrome de costilla cervical; lipoma; y, finalmente, hipoplasia del músculo esternocleidomastoideo). Pero a tal efecto, debe precisarse que nunca fue un diagnóstico definitivo, salvo el último, lo que se acredita simplemente por el número de especialidades médicas que tuvieron oportunidad de conocer la dolencia que aquejaba y aqueja al reclamante, cada una de las cuales aventuraba una propuesta de diagnóstico a expensas de confirmación tras la realización de otras pruebas en Unidad perteneciente a otra especialidad clínica hasta que, finalmente, descartadas, por su sintomatología, otras posibles patologías se ha concluido en que lo que padece el reclamante es una hipoplasia del músculo reseñado.

Ciertamente, la obtención de un diagnóstico correcto es el primer escalón que permite que la dolencia diagnosticada pueda ser adecuadamente tratada, corregida y en su caso curada. La obtención del mencionado diagnóstico depende de varias circunstancias; unas de índole material, como son los medios materiales con que cuenta el sistema de salud para afrontar a la mayor brevedad posible la diagnosis de las patologías que se le presentan. Otras, de índole clínica, atañen a la naturaleza real de la patología que se padece, la singularidad de su sintomatología o, por el contrario, su solapamiento con otras dolencias o patologías. Eventualidad que obliga a realizar las pruebas pertinentes a los efectos de, finalmente, diagnosticar correctamente y aplicar el conveniente tratamiento. Lógicamente, en este proceso -es decir, tiempo- de análisis interfiere el carácter del proceso patológico, pues advertida su posible gravedad, el sistema sanitario público debe dedicar con la necesaria premura todos los esfuerzos posibles para llegar al diagnóstico y consecuente tratamiento de la patología detectada. Lógicamente, este órgano carece de los conocimientos técnicos necesarios para pronunciarse sobre el proceso diagnóstico seguido y si el mismo -dada la sintomatología de la dolencia- tuvo una duración razonable -digamos, proporcional- a la naturaleza de los hechos clínicos que motivaron la solicitud de asistencia por el reclamante de los servicios sanitarios. En el apartado anterior ya quedó constancia de la atención clínica recibida. Tal dato debe cohonestarse con la variable temporal, siendo así que el 2 de diciembre de 1992 fue la primera vez que el reclamante fue atendido y el diagnóstico definitivo se obtuvo tras la realización de una RNM el 12 de febrero de 1997. Han pasado más de 4 años desde que el reclamante solicitó la atención del servicio público sanitario hasta que finalmente recibió el diagnóstico definitivo. Ciertamente, es un tiempo que parece superar el standar medio de tardanza en la atención y diagnosis de dolencias como la reseñada, aunque al respecto ha de indicarse que desde el 18 de mayo de 1993 (fecha del informe de la ecografía) hasta el 9 de febrero de 1996, en la que desde Atención Primaria fue remitido a consulta de Traumatología, no se tuvo noticias del reclamante, a efectos clínicos. La mencionada ecografía determinó que la asimetría detectada era "compatible con el diagnóstico de lipoma", sin que a continuación haya constancia de informa clínico sobre tratamiento del mismo. A ello volveremos mas adelante.

Por lo que a esta cuestión atañe, la tardanza en la obtención de un diagnóstico definitivo, sin perjuicio de lo que se dirá mas adelante acerca de los daños morales, no es, per se, indemnizable, salvo que se acredite que la misma fue causa de daño o

perjuicio material o, incluso, supuso un agravamiento de la dolencia. El riesgo para la salud creado por las listas de espera legítima para ir al sector privado. La falta de eficacia operativa para atajar una urgencia genera responsabilidad (STS 15 de octubre de 1996) Genera responsabilidad un tratamiento aplicado a patología mal diagnosticada, si hay daños comprobables. Incluso, la asistencia ineficaz legítima para acudir a la medicina privada (TSJ de Canarias de 26 de julio de 1996). Finalmente, el error diagnóstico invencible exime de responsabilidad (STS 8 de abril de 1996). Tampoco consta que su dolencia se haya agravado -aunque se queja de que los dolores en la zona han ido en aumento- o que haya causado un daño objetivable e indemnizable. Tampoco consta que a causa de la dolencia haya sufrido un perjuicio o daño objetivable, aunque debe recordarse que en escrito de mejora del inicial de reclamación hace constar que a causa de su dolencia perdió su trabajo en 1995, aunque del informe de la Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente a la vida laboral de A.M.R. resulta que en ese año fue dado de alta el 11 de enero de 1995 y de baja el 10 de abril de 1995 (lo que parece ser un contrato de 3 meses), por lo que en este concreto capítulo no parece que se haya producido daño o perjuicio alguno. Distinto sería -lo que no se ha acreditado- que a consecuencia de su dolencia hubiera perdido no una mera expectativa laboral, sino un determinado contrato, a consecuencia precisamente de la falta de tratamiento adecuado dado lo incierto o voluble del diagnóstico. Pero esto tampoco se ha podido probar.

Finalmente, el reclamante manifiesta que a consecuencia de no haber podido obtener un diagnóstico conforme a su enfermedad no ha podido presentar "la correspondiente solicitud de invalidez laboral transitoria" (escrito inicial de reclamación), lo que, en puridad, constituye el objeto principal de su reclamación. Esta pretensión indemnizatoria (anudando falta de diagnóstico con la situación de invalidez) no puede prosperar. En primer lugar, porque el diagnóstico definitivo no es imprescindible a los efectos de la declaración de la mencionada situación (arts. 128 y 133 de la Ley General de la Seguridad Social). En segundo, porque incluso en esa eventualidad el reclamante no tendría derecho a la correspondiente prestación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General de la Seguridad Social. Es más, el reclamante ha utilizado el procedimiento indemnizatorio para conseguir aquello para lo que el Ordenamiento dispone de un cauce específico, que no utilizó en su momento. Por ello, en el presente procedimiento de responsabilidad debieran

aislarse convenientemente lo que es en puridad reclamación de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento del servicio público sanitario de lo que es una reclamación autónoma de prestación económica a consecuencia de una situación de incapacidad temporal, que es de naturaleza distinta y que, por ello, debiera quedar ajena al presente procedimiento indemnizatorio.

Finalmente, lo que sí ha habido es una 'molestia continuada' del paciente de la sanidad pública no objetivable en daños o perjuicios concretos, que debe ser entendida como una 'carga' del usuario del servicio público sanitario. No obstante ello cabría plantearse la posibilidad controvertida por otra parte de reclamar tal retraso - cosa que por cierto no ha hecho el interesado - como daños morales y en este sentido una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1995 señala que:

"(...) y esta Sala no tiene sino que resaltar el acierto del Tribunal a quo para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria no solo en el pacífico y singular evento o contingencia siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que mas le desazona , que esa irregularidad intensificará aun más en el futuro la gravedad de su dolencia (...)"; El Tribunal a quo había señalado al respecto en el fallo que "(...) Respecto al daño moral por el que también se reclama, se trata de un tema controvertido, pues es difícil cuantificar el perjuicio psicológico del enfermo que pudiendo ser diagnosticado de una dolencia muy grave el 9 de julio, se le deja padecer su evolución y falta de tratamiento durante quince días (...), pero estimamos razonable compensar ese período de incertidumbre y padecimientos, así como las posibles consecuencias del retraso en el tratamiento (...)".

En esta línea argumental ciertamente, podríamos efectuar ciertos interrogantes a los efectos de concluir en que el 'retraso' en la prestación del servicio superó los standares medios dada la naturaleza de la dolencia. Por ejemplo, si la punción con aguja fina hubiera anticipado el diagnóstico definitivo o descartado alguno de los varios diagnósticos efectuados. Si la realización de la resonancia magnética en fecha tan tardía como el 12 de febrero de 1997 (que determinó el diagnóstico definitivo) dada la variabilidad diagnóstica no podía haber sido anticipada. Si dado el diagnóstico

final, el tratamiento farmacológico señalado inicialmente era correcto o innecesario. No obstante ello, como acertadamente señala el correspondiente fundamento de Derecho de la propuesta de resolución, la carga de la prueba del daño incumbe al reclamante, sin que por su parte se haya probado suficientemente la existencia de relación de causalidad alguna entre el retraso en el diagnóstico definitivo de su dolencia y el agravamiento de ésta, sin que por otra parte haya realizado reclamación alguna respecto a los siempre controvertibles daños morales derivados de dicha situación, razones todas ellas que abundan en la conformidad a Derecho de la propuesta de resolución que se analiza.

C O N C L U S I O N

La Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen es conforme a Derecho, sin perjuicio de las observaciones formuladas respecto a las irregularidades procedimentales cometidas.