



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 9 / 2 0 0 7

(Pleno)

La Laguna, a 23 de octubre de 2007.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.I.P.G., y otros, por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario. No realización de prueba diagnóstica (EXP. 344/2007 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 23 de agosto de 2007, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 3 de septiembre de 2007. De la naturaleza de esta Propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del 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, 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.I.P.G., M.J.P.G. y A.P.G., hijos del fallecido C.P.P., y de E.G.M., esposa del fallecido, por el daño moral que se les irrogó como

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Suay Rincón.

consecuencia del fallecimiento de su causante, presuntamente, por la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y proponer la Resolución que ponga fin al 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.a) del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado 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, 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.

5. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues el escrito de reclamación se presentó ante la Consejería de Sanidad el 6 de enero de 2006, si bien, e interrumpiéndose con ello el plazo de prescripción, se habían presentado escritos ante la Gerencia del Hospital General de La Palma los días 14 de febrero de 2005 y 27 de junio de 2005, contestados en oposición de los intereses de los reclamantes, los días 24 de mayo de 2005 y 21 de julio de 2005, respectivamente. Todo ello parte de un hecho, que se alega generó el daño por el que se reclama, producido entre los días 6 y 28 de enero de 2005, fecha, esta última, del fallecimiento del familiar de los reclamantes.

Ha de indicarse que paralelamente a este procedimiento, y, por haberse presentado queja ante el Diputado del Común, se realizan las actuaciones pertinentes por aquél conforme a las normas que establece su Ley reguladora.

III

El hecho objeto de la reclamación que nos ocupa viene dado, según el escrito de reclamación, por la siguiente secuencia de acontecimientos:

- El 6 de enero de 2005, sobre las 05:30 horas, C.P.P., aquejado de una insuficiencia respiratoria, ingresa en el Servicio de Urgencias del Hospital General de La Palma, procedente del Centro de Urgencias de Garafía.

- Tratado inicialmente por la Doctora de guardia, N.B.M., ésta diagnostica una disnea de origen laríngeo y procede a realizar una primera llamada telefónica, a las 8:20 horas, según la relación de llamadas obrantes en el expediente y aportada por la Gerencia del Hospital General de La Palma, al Otorrinolaringólogo de guardia, el Dr. P.M.D., comunicándole que el paciente sufría insuficiencia respiratoria de origen alto.

Sin embargo, el otorrino se personó en Urgencias hasta las 12:50 horas, y sólo después de una segunda llamada telefónica realizada por la Dra. M.M.D., a las 12:10 horas.

Aquel especialista, el Dr. P.M.D., después de provocar una intubación preventiva ante la gran dificultad respiratoria, así como una traqueotomía, diagnostica una "laringitis supraglótica infecciosa", siendo trasladado el paciente al Servicio de Medicina Intensiva. Allí, después de varios días, se le diagnostica una "lesión hipodensa extensa en hemisferio cerebeloso derecho en relación con isquemia aguda-subaguda con moderado efecto expansivo, lo que condiciona compresión sobre cuarto ventrículo y ocupación de las cisternas cuadrágemina y ambiens".

Finalmente, el 28 de enero de 2005, el paciente fallece a causa de aquel padecimiento.

Se indica en el escrito de reclamación que la insuficiencia respiratoria resultó ser grave en todo momento. Así, desde que el paciente llega al Centro de Salud de Garafía, por la Dra. que lo atendió, N.L.P.B., se hace hincapié en su impresión diagnóstica de insuficiencia respiratoria. Asimismo, la Dra. de Urgencias del Hospital, N.B.M., en todo momento destacó la insuficiencia respiratoria, incluso argumentando "la dificultad que tuvo en hacer la historia porque el paciente, además de su disnea, presentaba disfonía".

Por otra parte, se añade en el escrito de reclamación que en el informe emitido el 24 de mayo de 2005 por el Dr. P.M.D., habla por primera vez de la posibilidad de un cuadro patológico del sistema nervioso central, cuando en su informe de urgencias de 6 de enero de 2005 sólo había establecido diagnóstico de laringitis supraglótica infecciosa. Se preguntan los reclamantes si, de ser cierta la sospecha de este

especialista, no tuvo que haberse especificado en su informe inicial y pedir que se hiciera un TAC en aquel momento, para descartar aquella lesión que sospechaba.

Los reclamantes consideran que el fatal desenlace se produjo por la dilación a la hora de evaluar al paciente y proceder a un diagnóstico certero y precoz, lo que supuso un empeoramiento ciertamente importante del paciente capaz de causar el daño sufrido, que pudo haberse evitado de haber mediado una actuación diligente por parte del otorrino.

Por todo ello, se reclama indemnización de 87.920,28 euros, según resulta de las tablas de establecidas para casos de muerte en accidentes de circulación, aplicables a este supuesto.

IV

1.¹

2. Por otra parte, 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 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de la parte reclamante con fundamento en la información previa del inspector médico de la Unidad de Salud Laboral, que se basa en la historia clínica del paciente y en la información aportada por los especialistas implicados en el proceso asistencial del paciente fallecido.

Así pues, se señala en la Propuesta de Resolución: *“a la vista de la historia clínica del paciente, considerando las actuaciones practicadas a lo largo del procedimiento y el informe de Inspección Médica de la Unidad de Salud Laboral:*

En primer lugar, como antecedentes de C.P.P., de 77 años de edad, figura en su historia clínica, hipertensión arterial, dislipemia, intervención quirúrgica de hernia inguinal izquierda el 30 de junio de 2000, así como cuadro de trombosis venosa profunda en miembro inferior derecho, tras dicha intervención.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

El paciente acudió al Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Garafía el 6 de enero de 2005, y fue valorado por la Dra. N.L.P.B., no constando la hora de llegada del paciente en el Centro de Salud en el Informe de Urgencias de Atención Primaria. Se le diagnostica "Insuficiencia Respiratoria, posible Bronconeumonía, Edema Agudo" y se le pauta tratamiento intravenoso, aerosoles, 026 litros por minuto y ante la no mejoría de su situación clínica se decide su traslado al Hospital de referencia (Hospital General de La Palma).

Según datos obrantes en la historia clínica, el paciente ingresa en el Servicio de Urgencias del Hospital a las 6,15 horas, por un cuadro de disnea, tos con expectoración y vómitos. Se realiza exploración física y se solicita EKG, analítica de sangre, Rx de tórax, siendo diagnosticado a su ingreso de disnea de origen laríngeo. Se instauro medicación intravenosa, aerosoles y sueroterapia, siendo valorado a su ingreso por la Dra. N.B.M. Ésta no sospecha que el cuadro tuviera un origen central, no observa sintomatología neurológica (manifiesta que "en la exploración inicial no se objetivó déficit neurológico") y avisa al otorrinolaringólogo de guardia, Dr. P.M. a las 7,45 horas (8,20 horas en la hoja de llamada) a efectos de descartar una obstrucción mecánica (no era una urgencia vital, según refiere la médico de guardia). El especialista corrobora el tratamiento instaurado en urgencias y agrega corticoides.

A las 9,00 horas hubo cambio de guardia. La médico de este turno es la Dra. D.M.D.G., quien solicita nueva valoración del OTL a las 12,10 horas (nota en la hoja del listado de llamadas) ante la preocupación y demanda de la familia y no por la situación clínica del paciente, según manifiesta. El ORL contesta a la llamada a las 12,10 horas, desde el Centro Hospitalario, realizando las gestiones oportunas para llevar a cabo la fibroscopia exploratoria, entre las 12 y las 13,00 horas. Se practica finalmente a las 13,00 horas. Siendo preciso un período de tiempo para que el tratamiento hiciera efecto y le permitiera una exploración laríngea segura. Diagnostica "Laringitis supraglótica infecciosa" y decide la intubación del paciente e instaurar cobertura antibiótica y valorar en 48 horas extubación y traqueotomía según evolución así como proponer a su familia el ingreso en UCI como control de evolución del diagnóstico y del tratamiento.

El paciente ingresa en UCI a las 14 horas del día 6 de enero de 2005, encontrándose de servicio la Dra. T.P.D. Tras su ingreso es intubado sin complicaciones para asegurar la vía aérea y se conecta ventilación mecánica. El día 7

de enero de 2005, se hace traqueotomía a las 20,45 horas, sin incidencias. El día 8 de enero continúa aún bajo efectos "en coma", sin respuesta a estímulos verbales. Actitud a seguir: Iniciar neuroestimulación. El día 9 de enero, abre más los ojos pero la tendencia es seguir adormilado. Actitud a seguir: Esperar que se despierte para retirar el respirador.

Según informe de Alta de UCI, el paciente evolucionó satisfactoriamente desde el punto de vista respiratorio en las primeras 48 horas, por lo que retiró la sedición. A los cinco días de su ingreso, dado que el paciente no despertaba y presentaba hipo persistente, se hace TAC encefálico que pone en evidencia lesión hipodensa extensa en el hemisferio cerebeloso. Se repite TAC a los ocho días persistiendo la isquemia cerebelosa. Con tratamiento médico se consigue controlar el hipo y desconectar el respirador.

En el momento de alta, el 27 de enero de 2005, el paciente respira espontáneamente. Buenas saturaciones. Desde el punto de vista neurológico, dificultad para fijar la atención, obedece a órdenes sencillas, se traslada al Servicio de Neurología.

El 28 de enero de 2005, el Dr. E.U., neurólogo a las 14,43 horas determina que el paciente se encuentra en parada respiratoria y se produce el exitus.

La parte interesada alega que el otorrinolaringólogo no le da importancia a la gravedad en que se encuentra el paciente y por lo tanto, no actúa con la rapidez que requería su situación. Sin embargo, como ya se ha mencionado con anterioridad, el Dr. M., tras la llamada que recibe de la médico de urgencia, entiende, en todo momento, que no se trata de una urgencia vital, no tratándose de un cuadro agudo que precisase atención inmediata (la Dra. N.B. refiere que el paciente presentaba "dificultad respiratoria, dificultad del habla, consciente, orientado, que podía explicar lo que le pasaba con dificultad y que se encontraba solo"), por lo que corrobora el tratamiento instaurado, añadiendo corticoides. Cabe recordar, en este punto, que también la Dra. M.D.M.D., que lo trató en el cambio de guardia del día 6 de enero de 2005, solicita nueva valoración del otorrino ante la preocupación y demanda de la familia y no por la situación clínica del paciente, manifestando que éste estuvo en todo momento en situación clínica estable, con mínimo estridor, no presentaba insuficiencia respiratoria, con índice de saturación O₂ entre 91-93%.

También se cuestiona por qué el OTL no tiene una primera toma de contacto con el paciente desde las 11:30 cuando llega al Hospital. En relación a esta cuestión, cuando se produce la segunda llamada al OTL, a las 12,10 horas, éste ya se

encontraba en el Hospital realizando las gestiones oportunas para la realización de una fibroscopia exploratoria, reuniendo los medios humanos y técnicos necesarios para llevarla a cabo, a efectos de descartar obstrucción de las vías aéreas superiores. Se practica a las 13.00 horas, estando la demora justificada ya que es necesario, esperar la respuesta del tratamiento instaurado antes de llevarla a cabo.

Planteada la posible demora en la asistenta sanitaria y la posible repercusión en la evolución clínica es preciso señalar que según los hechos que se exponen, y conforme a lo informado por Inspección Médica, el paciente estuvo controlado en todo momento por los médicos de Urgencias y los diferentes especialistas que se requirieron. Además, la parte interesada plantea por qué el 6 de enero de 2005 no se descarta posible lesión del sistema nervioso central por medio de TAC. Cabe reiterar que la médico de guardia, Dra. N.B.M., explica que en la exploración inicial no se objetivó déficit neurológico, presentando el paciente buena saturación de oxígeno (93%, contrastado con la hoja de seguimiento de enfermería). Por su parte, el neurólogo, Dr. E.U., manifiesta que por los datos reflejados en su historia clínica, el día de su ingreso de urgencia no podría sospechar que ese paciente presentaba un problema neurológico, ni tampoco decir lo contrario. Según su parecer, resulta imposible tanto afirmar como descartar que el estado de agitación que presentaba el paciente en Urgencias fuera debido a un problema neurológico. Además, la disartria de 24 horas de evolución que refleja el otorrino, en el contexto clínico que presentaba el paciente, es insuficiente para sospechar en ese momento un problema neurológico. Sin perjuicio de lo anterior, aunque el cuadro de afectación del SNC se hubiera diagnosticado desde un principio, tal y como señala el informe de Inspección Médica, no hubiera variado el tratamiento ni la evolución clínica del paciente.

Finalmente, la parte interesada aprecia la existencia de nexo causal entre la atención sanitaria y el fallecimiento del paciente. Sin embargo, de la documentación obrante en el presente expediente no consta prueba alguna que acredite la existencia de la relación causal que se señala. Debiendo indicarse que la carga de la prueba recae sobre el reclamante, siendo éste el que, al menos, debe aportar un principio de prueba que permita mantener que el daño es consecuencia del funcionamiento del servicio público. Por lo tanto, para concluir, se indica que, conforme a la STS de 18 de octubre de 2005 [RJ 2005/8530], “es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que estima que la carga de la prueba del nexo causal corresponde a quien reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de

la Administración, por lo que no habiéndose producido esa prueba, no existe responsabilidad administrativa”.

El fallecido fue atendido siempre adecuada y correctamente de sus dolencias, sin que haya habido asistencia médica defectuosa ni negligencia profesional alguna. En el presente caso, el personal sanitario agotó todas las vías exploratorias utilizando los medios necesarios para ello, llegó a un diagnóstico acertado y pautó el único tratamiento posible para la patología existente, de manera que actuó conforme a los criterios de la lex artis, y por tanto no hay ninguna actuación anormal imputable a la Administración. Cuando dicha sintomatología cambia, se adoptan igualmente las medidas exigibles, siendo el paciente correctamente tratado, pese al resultado final del fallecimiento. De cuanta documentación figura en el expediente resulta acreditado que la asistencia médica prestada ha sido concordante con la lex artis, no procediendo indemnizar las atenciones y prestaciones médicas que se ajustan a dicha pauta.

(...) Sin embargo, el fallecimiento se produce sin que en el mismo haya tenido relación causal alguna la actuación del personal sanitario, siendo inevitable el resultado, pero como consecuencia de la propia patología que padecía el fallecido. Ninguna base resulta para concluir que el daño alegado pueda ser en modo alguno imputado a la Administración. Pues, aún cuando no cabe negar el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, para apreciar ésta resulta necesaria la concurrencia de sus requisitos definidores y por tanto ha de quedar acreditado que el resultado lesivo por el que se reclama trae su causa directa y eficaz en una actuación u omisión de la Administración [STS de 16 de enero de 2007 (RJ 2007/1220), STS de 19 de febrero de 2007].

Así pues, concluye la Propuesta de Resolución que faltando la relación de causalidad entre la actuación administrativa y la lesión, ante la ausencia de uno de los elementos esenciales para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial de la Administración, vistos los antecedentes y fundamentos mencionados y las normas de pertinente aplicación, ha de desestimarse la pretensión de los reclamantes.

2. Pues bien, entendemos que, ciertamente, la Medicina hasta constatar un diagnóstico adecuado ha de determinar la existencia de ciertos síntomas, que no siempre son indubitados de la enfermedad de que se trata, mas, en cualquier caso, la prestación asistencial, para ser correcta, ha de poner al servicio del paciente los medios de los que dispone para la averiguación del diagnóstico correcto, lo que, en

el presente caso, se hubiera concretado con un TAC que indicaría, desde el principio, la enfermedad de la que estaba aquejado el paciente y que le causó la muerte.

Si bien es cierto que la insuficiencia respiratoria del paciente por sí misma no es indicativa de la lesión cerebral que le causó la muerte al paciente, lo que justifica que en los primeros estadios de la atención médica no se relacionara con el sistema nervioso central, lo cierto es que, una vez en el Hospital, remitido allí el paciente desde el Centro de Salud de Garafía, se constata por la médica de Urgencias que lo atiende, no sólo aquella insuficiencia respiratoria, sino otros síntomas, como la disartria, de 24 horas de evolución, junto con la desorientación del paciente, todo lo cual dificulta realizar la historia clínica del enfermo, que, como se indica por el informe del neurólogo, visto de forma retrospectiva, "pudo haber sido un dato de focalidad en ese momento, pero debían haberse encontrado más datos de focalidad si la exploración neurológica que se efectuó fue completa y sin embargo no se refiere nada más". Lo que permite dudar que, efectivamente, se efectuaron las pruebas completas tendentes a ello.

Asimismo, es de destacar que el propio otorrino que atiende al paciente y, sin perjuicio de su tardanza en acudir a la llamada de la doctora de guardia que lo llamó a las 8:20 horas, aunque en su informe de urgencias expresa diagnóstico de laringitis supraglótica infecciosa, sin embargo, en su informe de 24 de mayo de 2006, emitido como consecuencia de la reclamación de la interesada, indica la posibilidad de cuadro patológico del sistema nervioso central, y, pese a ello, no realiza TAC. Además, reconoce la importancia de la insuficiencia respiratoria del paciente en orden a llegar al diagnóstico de enfermedad cerebral, al señalar que la doctora que lo llamó no le hizo referencia a la misma, y que no supo transmitirle la urgencia del caso.

Así pues, se percibe una falta de coordinación del sistema asistencial, pues, aquella doctora percibe urgencia y, de hecho, en su informe de 6 de julio de 2005, indica: "lo más doloroso de este caso, desde el punto de vista profesional, es que a esa llamada de la mañana del 6 de enero (como a muchas otras) tal vez no se le diera la importancia que merecía, y luego surgen los problemas. Nosotros, los médicos de Urgencias, somos la puerta del Hospital (y muchas veces los "ojos" de nuestros compañeros) y se supone que estamos preparados para recibir cualquier urgencia. Somos nosotros los que vemos al paciente pero muchas veces dependemos de una

llamada para seguir haciendo nuestro trabajo al que muchas veces no se le da la importancia que merece”.

Por otra parte, esta ausencia de adopción de medios para constatar la enfermedad del paciente se continuó por parte del Servicio de Medicina Intensiva y Neurología, procediéndose, finalmente, a realizar TAC que mostraría el problema que realmente aquejaba al paciente, sólo cuando ya era demasiado tarde, a los cinco días del ingreso del paciente en la UCI, dado que no despertaba y tenía hipo persistente.

Así pues, se concatena una falta de coordinación de la atención médica, al actuar de forma independiente cada médico, prescindiendo de los pareceres de las previas intervenciones de los otros, así como de los propios síntomas del paciente, lo que llevó a la falta de puesta a disposición de aquél de todos los medios disponibles para la averiguación de su enfermedad, lo que permite, al menos, dudar, como lo hace el neurólogo en su declaración de 10 de octubre de 2006, que el pronóstico hubiera cambiado, presuponiendo que el paciente ya presentase en el momento de acudir al Servicio de Urgencias su infarto isquémico y se hubiera diagnosticado en las horas iniciales instaurando tratamiento fibrinolítico dentro de la ventana terapéutica.

Por ello, si bien no es indubitado que el diagnóstico precoz, derivado de la realización del TAC, hubiera salvado la vida del paciente, lo cierto es que el daño que ha de repararse, y por el que es responsable la Administración, no es la muerte de aquél, lo que no puede asegurarse que no hubiera ocurrido a pesar de haberse detectado su enfermedad con anterioridad, sino que el daño viene a consistir en la pérdida de oportunidades de curación que conllevó para el enfermo el retraso en el diagnóstico de su padecimiento, impidiendo la instauración del tratamiento médico adecuado.

Asimismo, ha de indemnizarse el daño moral derivado del sufrimiento de la familia del fallecido por la angustia procedente de la falta de asistencia facultativa sin dilación, de la descoordinación en la fase inicial de la atención sanitaria prestada y de la demora de la detección del mal que padecía su esposo y padre, sin obtener respuesta satisfactoria hasta que ya fue demasiado tarde. Así, tales sentimientos de incertidumbre, desasosiego, temor, desamparo, como se recordara en los Dictámenes 244/2007 o 322/2007 de este Consejo, son considerados daños morales, tal y como sienta la STS de 6 de abril [Sala 3ª, Sección 3ª (JUR 2006/1772)], en la que se señala que “La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable

consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, tales como impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, estados de ánimo permanentes o de cierta intensidad (...); en este caso incrementada por la deficiencia de la atención sanitaria inicialmente prestada.

Por todo ello, consideramos que ha de estimarse parcialmente la pretensión de la parte reclamante en la cuantía correspondiente al 75% de la cantidad solicitada, actualizada según las tablas aplicables al efecto y conforme con el art. 141.3 de la Ley 30/1992.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho, procediendo indemnizar a los reclamantes en el 75% de la cantidad solicitada, si bien con la actualización conforme a lo previsto en el art. 141.3 de la Ley 30/1992.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DON JOSÉ SUAY RINCÓN AL DICTAMEN 409/2007, DE 23 DE OCTUBRE, EMITIDO EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA DE ORDEN RESOLUTORIA DEL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL INICIADO POR LA RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN FORMULADA POR M.I.P.G., Y OTROS, POR DAÑOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO SANITARIO (EXP. 344/2007 IDS).

I

Por razones próximas, aunque no del todo coincidentes, a las expresadas en el voto particular que hube de formular al DCC 369/2007, tengo también que disentir ahora de la opinión mayoritaria de este Consejo Consultivo suscrita en el Dictamen de referencia. En efecto, lo mismo en esta ocasión que en la precedente, considero que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y estimar la pretensión indemnizatoria de la reclamante, menos aún en la cuantía que asimismo se declara, de acuerdo con los datos y documentos que integran el expediente.

En definitiva, el núcleo central de la argumentación sostenida de contrario descansa sobre una afirmación fundamental que no puedo compartir y que conviene resaltar claramente, ya desde este momento. A saber, que, desde el primer instante, cuando el reclamante recabó la asistencia de los servicios de Urgencias del Hospital General de La Palma el pasado 6 de enero de 2005, debió haberse procedido a

practicarle un TAC para identificar justamente la dolencia que terminó desencadenando su desgraciado fallecimiento (Fundamento V.2 del Dictamen).

Es preciso resaltarlo suficientemente y centrar de manera adecuada la cuestión controvertida, porque en algún pasaje del Dictamen asimismo se subraya - demasiado, a mi juicio- el hecho de que el ORL no tratara al paciente sino pasadas alrededor de cuatro horas después de su ingreso el día antes señalado. Ciertamente, terminó haciéndolo a partir de las 12 horas, una vez reunidos los medios para realizar una prueba médica como la fibroscopia exploratoria.

Sobre la base de lo expuesto, efectivamente, podría deducirse la existencia de una cierta tardanza en la prestación de la asistencia sanitaria; pero, obviamente, no parece razonable que pueda imputarse a dicha circunstancia la irreversibilidad del daño finalmente ocasionado, porque no parece lógico pensar que un intervalo tan breve de tiempo como el antes indicado de tal manera influyera en el resultado. Por eso, considero que más exactamente el dato que en verdad se le reprocha a la Administración es la falta de realización de un TAC, fuese a las 8,30 o a las 12 horas del mismo día, que podría haber puesto al descubierto la envergadura de la patología del paciente.

Centrada por tanto, del modo expuesto, la cuestión controvertida, y ciñendo a ella nuestro examen, ha de señalarse que, por desgracia, con los medios al alcance de la Administración, no es factible, ni por tanto puede ser recriminable a aquélla, que todos los pacientes que ingresen en los servicios de Urgencias con unos antecedentes y una sintomatología equivalente a la del reclamante puedan recibir una atención como la indicada.

Acaso la aplicación de unos estándares óptimos particularmente exigentes al funcionamiento del servicio sanitario, no exentos desde luego de los correspondientes costes, pueda reclamar una atención de dicha índole. Puede ser, y es razonable incluso que así se reivindique. Pero ésta en cualquier caso no es aquí la cuestión, porque lo que tampoco hay que olvidar es que, a los efectos singulares de determinar la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración en un caso concreto, procede evaluar el rendimiento de los servicios públicos conforme a los estándares normales u ordinarios. Y atendiendo a éstos, hoy en día, no es posible llegar a las conclusiones pretendidas de contrario.

II

No creo necesario insistir, por lo demás, en el desarrollo de una argumentación que ya tuve ocasión de exponer en mi anterior voto particular al DCC 369/2007; y para evitar ahora incurrir en la mera reproducción de un planteamiento del que ya hay constancia, en aras de la brevedad, me limito consecuentemente a remitirme a las consideraciones que ya entonces pude efectuar.

No hace falta, pues, abundar en la existencia en este caso concreto de unos antecedentes y, sobre todo, un cuadro sintomatológico escasamente concluyente, que lleva razonablemente a orientar el diagnóstico en una determinada dirección (como antecedentes, así, cabe recordar, se trata de un paciente de 77 años, con hipertensión arterial, dislipemia, intervención quirúrgica de hernia inguinal, así como cuadro de trombosis venosa profunda en miembro inferior derecho tras dicha intervención; como sintomatología, insuficiencia respiratoria, posible bronconeumonía, edema agudo).

Sobre tales datos, ninguna de las dos médicos de guardia que sucesivamente atendieron al paciente observó déficit neurológico (la primera afirma que el paciente presentaba una buena saturación de oxígeno, 93%, contrastado con la hoja de seguimiento de enfermería; la segunda, tampoco, pues reitera la presencia del ORL, no por la situación clínica del paciente en sí misma, según manifiesta, sino ante la preocupación y demanda de la familia).

Se practicaron en fin al paciente una serie de pruebas iniciales (exploración física, se solicita EKG, analítica de sangre, Rx de tórax), sobre cuya base se procedió a su ingreso con el diagnóstico de disnea de origen laríngeo (distinta opinión podría llegar a merecer el caso, si por ejemplo se le hubiera remitido a su domicilio o si el cuadro sintomatológico hubiese resultado más concluyente).

Tampoco el ORL llega ese mismo 6 de enero a conclusiones muy diversas: Después de realizada la prueba de la fibroscopia exploratoria antes indicada, formula un diagnóstico de "laringitis supraglótica infecciosa", y decide la intubación del paciente, la administración de antibióticos y valorar en 48 horas extubación y traqueotomía (que finalmente se realizó el día 7, a las 20,45 horas), según evolución así como proponer a su familia el ingreso en UCI como control de evolución del diagnóstico y del tratamiento.

Por otro lado, la disartria de 24 horas de evolución, en el contexto clínico que presentaba el paciente, es insuficiente por sí para sospechar en ese momento un problema neurológico. Como confirma el informe de Neurología evacuado con posterioridad, ni siquiera él mismo como especialista en la materia, habría podido sospechar que el día de su ingreso el paciente pudiera presentar un problema neurológico. Ratifica además que “la disartria de 24 hora de evolución que refleja el otorrino, lo cual como dato aislado (sin ningún otro de focalidad neurológica) y en el contexto clínico de un paciente con sospecha de un posible problema laríngeo es insuficiente a su modo de ver, para sospechar en este momento un problema neurológico. Visto de forma retrospectiva y sabiendo lo que tenía el paciente (infarto isquémico de hemisferio cerebroloso derecho) la disartria pudo haber sido un dato de focalidad en ese momento, pero debían haberse encontrado más datos de focalidad si la exploración neurológica que se efectuó fue completa y sin embargo no se refiere nada más”.

Son, por eso, exageradas las conclusiones que se extraen de las contestaciones del ORL en su ulterior informe de 24 de mayo de 2005, cuando habla por primera vez de la posibilidad de un cuadro patológico del sistema nervioso central: Podría haber sido así, es más, realmente era así; pero también podía haber sido correcto el diagnóstico inicial, como asimismo podían los síntomas observados responder a una etiología diferente.

A los efectos de determinar la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ha de insistirse, lo relevante no es tanto el acierto pleno en un diagnóstico inequívoco y precoz a la vista de unos antecedentes concretos y una sintomatología que en todo caso no era suficientemente diáfana, como que el diagnóstico sea razonable de acuerdo con las circunstancias indicadas, si el paciente recibió en todo momento la asistencia a que tenía derecho, y si se le realizaron todas las pruebas que procedían a partir de su cuadro sintomatológico. Porque si es así, el daño ocasionado en su caso habría de imputarse, no al funcionamiento del servicio público sanitario concernido, sino a la natural evolución misma de la propia patología del paciente. Lo que descarta la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III

No termino de apreciar, por otro lado, la supuesta falta de coordinación entre los Servicios sanitarios que se denuncia y que se subraya insistentemente en este caso; y que, ciertamente, de existir, podría conducir también a la responsabilidad patrimonial de la Administración, porque ésta responde por el defectuoso

funcionamiento de los servicios públicos, traiga su causa de la conducta personal de los agentes encargados de su prestación, o del Servicio en su conjunto global y objetivamente considerado.

Estando de acuerdo en un planteamiento como el indicado, me parecen excesivas las distancias que pretenden establecerse en la valoración de la urgencia entre unos y otros facultativos: A fin de cuentas, el paciente siempre permaneció bajo los Servicios de urgencias; y de ahí pasó a ser atendido en la UCI del hospital.

Y, en cambio, sorprende al contrario la escasa atención que se pone en el hecho de que tampoco, durante el período de permanencia en la UCI bajo el servicio específicamente concernido (Medicina Intensiva y Neurología), se le realizara un TAC hasta pasados cinco días.

También se invoca aquí una falta de coordinación, que no termino de observar. Pero lo cierto es que entonces sí podría quizás haber resultado censurable la falta de práctica de una prueba como el TAC, cuando el paciente ya estaba en manos de especialistas.

En cualquier caso, ha de recordarse también, como indica la Propuesta de Resolución, que, "aunque el cuadro de afectación del SNC se hubiera diagnosticado desde un principio, tal y como señala el informe de inspección médica, no hubiera variado el tratamiento ni la evolución clínica del paciente", una evolución que por desgracia a medida que trascurrían los días se tornaba en más irreversible aún.

Por eso, seguramente, no se insista a lo largo del Dictamen en esta línea argumental, en definitiva, por la irreversibilidad del daño producido si la dolencia no es detectada desde el primer instante (e, incluso, en este caso).

En resumen, y por ir terminando, se requiere, de acuerdo con la opinión mayoritaria de este Consejo, un diagnóstico certero, rápido y precoz, en unas condiciones extremadamente dificultosas, dadas las circunstancias del caso, para así evitar las fatales consecuencias resultantes de la evolución de la propia patología del paciente; y no puedo expresar mi conformidad a ello (a decir verdad, más que de evitar realmente dicho resultado fatal en este caso, se trata de intentarlo o de tener alguna oportunidad de hacerlo, porque, en virtud de lo expuesto, la patología resultaba en buena medida irreversible, incluso, con ese diagnóstico certero y precoz que se patrocina).

IV

Frente al supuesto concreto que motivó mi oposición al DCC 369/2007, en que no había indicio alguno, en mi opinión, que permitiera llevar al diagnóstico certero, en éste en cambio puede observarse la presencia de algún dato que podría haber llevado a alcanzar el correcto (como la presencia de la disartria de 24 horas de duración, por ejemplo).

En tal caso, no me habría opuesto a que se recabara una información complementaria del Servicio, que reforzara la argumentación y justificara la resolución del procedimiento en el sentido que fuera; o incluso que se recabara la práctica de alguna prueba ulterior que con carácter dirimente permitiera fundar adecuadamente el juicio último que mereciera el caso.

Pero lo que no puedo, como plantea el Dictamen, es expresar un juicio negativo de la Propuesta de Resolución sometida a nuestra consideración, en base a los datos obrantes en el expediente y llegar con base en dicho juicio a la estimación de la pretensión resarcitoria, en los términos sostenidos por los reclamantes.

V

Hace falta en fin, y ya por último, referirse a los fundamentos últimos sobre los que descansa la responsabilidad patrimonial de la Administración en este caso, porque aquéllos suscitan igualmente algunas consideraciones adicionales.

En este caso, no se acude, tanto a la indemnización por los daños morales ocasionados para fundar la pertinencia de dicha responsabilidad (lo que incluso como categoría autónoma, puede llegar a admitirse de acuerdo con una línea jurisprudencial ciertamente minoritaria, pero que secunda este Consejo Consultivo en su conjunto, y también quien suscribe este Voto particular) que de cualquier modo también se invoca, como a la teoría de la denominada "pérdida real de oportunidades (de curación)".

Es claro que en todo caso el daño resarcible no es la muerte misma del paciente, según afirma expresamente la Propuesta de Resolución, esto es, el daño físico en sí mismo considerado, porque dicho daño podría haber tenido lugar de igual modo, si se hubiese acertado en el diagnóstico desde el principio.

Atendiendo consiguientemente al fundamento expresado con carácter principal, ha de señalarse que la indemnización por pérdida de oportunidades constituye desde luego una interesante y valiosa aportación de origen anglosajón (*loss of chances*) a la

doctrina de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que ha de suscitar necesariamente un juicio positivo, en tanto que permite enriquecer dicha doctrina y dar explicación a la procedencia de la responsabilidad en determinados supuestos antes excluidos, o bien insuficientemente perfilados. Por lo que en este punto he de comenzar expresando mi total respaldo a la posición mayoritaria de este Consejo Consultivo sobre este particular.

Ahora bien, lo mismo que en el caso de la indemnización por daños morales, se impone la cautela y sobre todo calibrar adecuadamente los efectos que resultan de la recepción de la teoría de la indemnización por pérdida de oportunidad (de curación, obviamente, en el ámbito de la sanidad); y en particular su proyección sobre el alcance concreto de la cuantía indemnizable.

Ha de tratarse así, en primer término, y en todo caso, de una pérdida de oportunidad seria y real, y no de una mera especulación; que por tanto puede y debe contrastarse, y que cuando menos requiere en consecuencia un principio de prueba (lo que distancia en cierto modo sus exigencias particulares de las que corresponden al daño moral propiamente dicho), si no del todo concluyente, al menos que permita fundadamente inferir, por medio de un indicio racional suficientemente consistente (recurriendo, sea a los datos estadísticos, a la opinión de los especialistas o a las circunstancias concretas -anteriores, simultáneas o posteriores- que rodean el caso), la existencia de una efectiva pérdida de oportunidad y, por tanto, de un daño antijurídico efectivamente resarcible.

Además, y como adelanté, en lo que concierne específicamente a su proyección singular sobre el supuesto específico sometido a nuestra consideración, también me veo obligado a disentir de la opinión mayoritaria, por una razón que parece elemental: Admitida la indemnización por el concepto indicado, lo que no parece razonable es deducir el mismo importe indemnizatorio frente a daños lógicamente diferentes y que por tanto han de merecer distinto tratamiento jurídico. En otros términos, no puede ser la misma cuantía resarcible, o una cuantía próxima o similar y no suficientemente distante, la que mira a compensar un daño físico inexorable como la muerte misma directamente propiciada en su caso por una defectuosa atención sanitaria, que la que en cambio se encamina a paliar una pérdida de oportunidad de curación que, por ejemplo, tal y como se reconoce abiertamente en supuestos como el que nos ocupa, dista mucho de materializarse realmente, si efectivamente se concluye que no se han empleado todos los medios disponibles al alcance de la

Administración, o se han utilizado éstos defectuosamente. Necesariamente, procede en este segundo caso una minoración de la cuantía indemnizatoria, en mi opinión, importante.