



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 180/2009

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de abril de 2009.

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 S.M., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario. Dilación en la realización de prueba diagnóstica y consecuente recurso a la Medicina privada (EXP. 130/2009 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 10 de marzo de 2009, con entrada en este Consejo el 25 de marzo de 2009, la Consejera de Sanidad solicita de este Consejo Dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2003, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP), respecto de la Propuesta de Resolución que pone fin, desestimatoriamente, al procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por S.M. (la reclamante) por los daños causados por la que entiende deficiente asistencia sanitaria que le fuera prestada por el Servicio Canario de la Salud.

La reclamante debió acudir a un Centro sanitario privado -cuyos gastos reclama en concepto de indemnización- ante el retraso en la realización de una prueba diagnóstica -pautada por el Servicio competente de la Administración sanitaria, al que acudió para ser asistida en orden a determinar la causa de su dolencia- y por el enorme dolor que sufría en la zona lumbar, calificado de lumbalgia, cuando estaba

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

producido, después de ser debidamente analizada su causa, por una profunda hernia discal.

2. La Propuesta de Resolución termina un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial que ya fue en su día objeto de pronunciamiento por parte de este Consejo en su Dictamen 148/2008, de 22 de abril, que concluyó en la necesidad de retroacción de las actuaciones para la correcta realización del trámite de informe, que en su día no fue realizado.

La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al ser la que presuntamente sufrió el daño [art. 31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)] por el que se reclama.

La reclamación ha sido interpuesta dentro del preceptivo plazo de un año que dispone el art. 4.2.2º párrafo del RPAPRP. Así, la solicitud que presentó la entonces paciente para que se le adelantara la prueba diagnóstica fue respondida el 9 de septiembre de 2005, mediante escrito en el que se le indicaba que el responsable de la gestión de la espera para la prueba diagnóstica era la empresa I., con la que se tenía contratado el servicio. Posteriormente, la reclamación tuvo entrada en la Dirección de Área de Salud de Santa Cruz de Tenerife el 23 de noviembre de 2005, por lo que la reclamación ha sido formulada en plazo.

La Propuesta de Resolución fue informada inicialmente por los Servicios Jurídicos, de conformidad con el art. 20.j) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento (aprobado por Decreto 19/1992, de 17 de febrero), pero no ahora tras la evacuación de la instrucción complementaria; omisión que se explica y ampara en que la misma en nada ha desvirtuado la calificación jurídica de los hechos, en los términos del propio precepto legal citado: "(...) cuestiones de Derecho no resueltas en reclamaciones anteriores (...)".

La reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, de conformidad con lo que dispone el art. 6.2 RPAPRP, y se realizaron todos los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (arts. 76.1 LRJAP-PAC y 7 RPAPRP).

Particularmente, figuran en las actuaciones sendos informes del Servicio cuyo funcionamiento ha causado presuntamente la lesión indemnizable, indicándose que es el de Neurocirugía (art. 10.1 RPAPRP), aunque resulten en parte discutibles pues

no se extienden en pormenores concernientes a ciertos elementos de la secuencia causal determinantes del daño.

Por otra parte, la propia Administración indicó a la reclamante -que había presentado una queja ante la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios- que su escrito de queja fue remitido a la empresa I. -responsable del servicio de resonancia magnética- por ser la “competente para la resolución del problema planteado”. Sin embargo, no pudiendo ser esa empresa el Servicio competente de la Administración sanitaria, el informe que aquí importa debe ser emitido por el Servicio correspondiente de la Administración.

Además, cabe recordar que el inicial informe del Servicio de Neurocirugía resultaba insuficiente a los efectos de que se trata por sus evidentes limitaciones, no pronunciándose debidamente sobre el fondo de la cuestión, pues aducía que los documentos sobre los que debía pronunciarse eran “fotocopias ilegibles en considerable, y determinante, medida”. Pero es que, tras la instrucción complementaria, el nuevo informe emitido por dicho Servicio es nuevamente de limitado alcance y cuestionable en sus propios términos, como se verá.

II

1. ¹

2. Como se anticipó, en su momento este Consejo no pudo entrar a conocer el fondo del asunto por deficiencias concernientes a los informes del Servicio y de la empresa responsable de la gestión de la resonancias magnéticas, los cuales debían pronunciarse sobre “los medios usados al respecto, la procedencia del diagnóstico producido entonces y el tratamiento pautado (...) aparte del consistente en la realización de la prueba de que se trata, especificando la procedencia de su urgencia o la pertinencia de pruebas complementarias para determinarla”. Además, se “ha de procurar traer al procedimiento, directamente o mediante la propia interesada, informe médico de [I] (...) Centro privado donde finalmente fue intervenida la paciente”.

Realizado el trámite informativo complementario, se le dio a la reclamante nuevo trámite de vista y audiencia, al que compareció formulando alegaciones complementarias y ratificándose en sus posiciones. Formulada nueva Propuesta de Resolución, la misma viene en desestimar la reclamación presentada, como se dijo.

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

Concretamente, el escrito de alegaciones de la reclamante es expresivo de la situación personal por la que estaba pasando (“dolor insoportable”; “dificultad para realizar sus necesidades fisiológicas”; “molestias gastrointestinales”) y de las deficiencias organizativas y asistenciales con las que se tuvo que enfrentar. Tales apreciaciones deben ser contrastadas, lógicamente, con las alegaciones de contrario del Servicio que se plasman en los informes médicos o técnicos que obran en las actuaciones, pero éstos no son muy explícitos al respecto no siéndolo tampoco la Propuesta de Resolución en consecuencia, inadecuadamente.

III

1. Pues bien, el punto de partida del análisis de adecuación jurídica a realizar ha de ser la situación de la reclamante. Así, se quejaba continuamente de dolor lumbar, siendo reiteradas las ocasiones en que acudió a los Servicios sanitarios de los distintos niveles en los que no encontró remedio a su situación, calificada inicial y posteriormente de “lumbalgia”, que no tiene la calificación de “urgencia traumatológica”, pero sin tenerse certeza de ello al no hacersele las pruebas correspondientes, o bien, cabiendo dudas al respecto según se expuso anteriormente.

En este orden de cosas, es de observar que el dolor es una sensación y, por tanto, subjetivo, pero es constatable o comprobable, siendo evidente que la paciente tenía molestias físicas diversas, claras y crecientes, que no se resolvían con el tratamiento a que fue sometida desde la primera vez que acudió a recibir asistencia, el 11 de julio de 2005.

En todo caso, la cuestión esencial a dilucidar no es, siquiera, si una lumbalgia merece el tratamiento pautado o no, sino si efectivamente la padecía la paciente y, en particular, si el dolor constante que refería, y la RX hecha, podían ser signos indicativos de otra dolencia con la que aquella se pudiera enmascarar o ser compatible; esto es, si en estas condiciones era razonable sospechar la existencia de otra causa del problema, particularmente una lesión lumbar específica, y, por lo tanto, si cabe admitir como estándar normal del Servicio (en este caso, de diagnóstico) que la paciente tuviera que esperar hasta el 5 de noviembre de 2005 para la realización de la resonancia pautada.

De hecho, la prueba prevista, RNM, realizada por fin, aunque en Centro privado, acreditó enseguida y claramente esta circunstancia, siendo la lesión causante del dolor y molestias no sólo grave, sino de peligrosa evolución de no ser tratada

inmediatamente, tanto para poder luego corregirla debidamente, como para la vida en general de la paciente; todo ello, en relación con los perjuicios constantes y no solucionados propios de la lesión realmente sufrida, incrementados incluso por el inadecuado tratamiento instaurado hasta entonces, y las secuelas de la misma tras ser finalmente tratada debidamente.

En este sentido, ha de reiterarse que el dolor y molestias de la paciente, que se mantenían pese al tratamiento a que fue sometida, manifestaban la razonable presencia de una causa no tratada; máxime cuando se acrecentaban paulatinamente hasta llegar a la "impotencia funcional". Por eso, y haciéndose el dolor claudicante y vista la RX hecha, habían motivos para que el Servicio tuviera en cuenta alternativas diagnósticas al primer diagnóstico producido, sin mayor constatación por demás, existiendo incluso datos o síntomas que apuntaban a una posible hernia discal.

En esta línea, es cierto que, finalmente, el 19 de agosto de 2005 se pautó RNM, pero con carácter no urgente. Es más, rechazándose la solicitud de adelanto hecha por la paciente, se tramitó su realización para más de dos meses y medio más tarde, y más tiempo aún desde el inicio de la asistencia, seguramente con arreglo al diagnóstico inicial, no constatado, y pese a la situación de la paciente ya expuesta, con una vida en creciente deterioro y ninguna reacción al tratamiento por lumbalgia.

En resumidas cuentas, la situación demandaba un análisis más profundo y extensivo de la paciente, particularmente adelantándose la RNM pautada o efectuando otro tipo de pruebas al respecto, cuando menos dada la evolución de la paciente y el resultado de la prueba de RX, permitiendo por consiguiente la detección de la efectiva causa del problema, la hernia discal existente, que hubiera podido, por ende, ser tratada con anterioridad a que lo fue; lo que aconteció, además, porque la paciente decidió hacerse externamente la RNM ante la negativa a hacerlo del Servicio Canario de la Salud.

2. En este contexto, cabe recordar que existe una norma que regula los plazos máximos de respuesta a determinados procedimientos quirúrgicos a cargo del Servicio Canario de la Salud (Orden de 15 de mayo de 2003), pero no hay norma parecida que ordene los plazos máximos de espera para la realización de una prueba diagnóstica. La diagnosis es un proceso continuo que se alimenta de síntomas y de la respuesta a los tratamientos o el descarte de otras patologías del paciente. Es la *lex artis* de los facultativos la que, en razón de las circunstancias de la dolencia,

síntomas y antecedentes del paciente, determina la realización de una u otra prueba, así como su carácter ordinario o urgente.

Sin embargo, en este supuesto la prueba de RNM se desestimó inicialmente y se pautó luego sin urgencia por los Servicios sanitarios, al partirse de un diagnóstico posible, pero no constatado que se demostró erróneo y que, pese a los síntomas y condiciones evidenciados por la paciente y su evolución imparable, no se intentó confirmar o, en su caso, modificar, concretamente a hernia discal, nunca descartable desde un primer momento y de existencia sospechosa dadas las circunstancias.

Así, sólo la iniciativa de la propia paciente, que acudió a un Centro privado, resolvió la cuestión, constatándose que, en efecto, el problema era una hernia discal considerablemente grave y demandante de una inmediata solución por procedimiento quirúrgico urgente, sin admitir espera, ni por tanto demorar su realización para intentar que se efectuara por el Servicio Canario de la Salud, especialmente dados los antecedentes de asistencia recibida.

Por otro lado, está regulada la existencia y funcionamiento de la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios y la tramitación de reclamaciones, solicitudes, iniciativas y sugerencias en el ámbito sanitario (Decreto 94/1999, de 25 de mayo), cuyo art. 22 contempla que, tras la presentación de una reclamación, se soliciten los informes y estudios oportunos de los órganos o dependencias sanitarias a los efectos de dar la debida respuesta. La reclamante, justamente, presentó una reclamación para lograr el adelanto de la prueba, pero se le respondió que la gestión de la lista de resonancia era competencia de una empresa que en trámite informativo complementario emite informe según el cual las peticiones “se ordenaban en base al carácter de las mismas”.

La responsabilidad al respecto, pues, no fue ni puede ser de esta empresa, que se limita a asignar una preferencia que viene condicionada por la petición que le hacía el Servicio sanitario competente. En este caso, la petición fue hecha el 19 de agosto como *ordinaria* y, como nunca fue rectificada como *de urgencia*, pese al empeoramiento de la salud de la paciente, la empresa gestora de las resonancias no realizó una anticipación de la misma.

3. En definitiva, la decisión de la paciente de acudir a la Sanidad privada no puede calificarse de intempestiva o infundada, tanto en lo que respecta a la realización de la RNM, como, en este concreto caso, a la intervención para resolver la lesión, hernia discal, existente.

Así, del informe médico del facultativo que la intervino, de 12 de junio de 2008, aportado por la paciente en el trámite instructor complementario, resulta que la operación fue realizada bajo el carácter de “urgente, debido a la intensidad del dolor y al hecho de que la paciente presentaba gastritis por la medicación”.

Por su parte, en el informe del Servicio de Neurocirugía, de 19 de septiembre de 2008, se insiste en que la paciente no reunía, se entiende que al principio o incluso en agosto de 2005, “las condiciones formales para indicación quirúrgica urgente”. Sin embargo, añade que “la intensidad del dolor, junto al hecho de posibles complicaciones digestivas por la medicación analgésica y antiinflamatoria, *pueden ser indicación* de tratamiento quirúrgico no diferido”. Lo que, en realidad, equivale a reconocer no sólo que la RNM era determinante y debió efectuarse con urgencia, sino que también era urgente la operación a realizar.

En resumidas cuentas, de lo expresado en estos informes se puede desprender que:

Cuando la paciente decidió operarse en la Medicina privada, el tratamiento farmacológico no sólo no mejoraba a la paciente, sino que había llegado hasta sus últimas posibilidades, en la medida que estaba causando una gastritis que iría en aumento si la misma hubiera debido esperar otros dos meses y medio hasta la realización de la resonancia.

Tales complicaciones y el dolor constante aconsejaban *no diferir el tratamiento quirúrgico*. Es decir, aconsejaban la inmediata realización de la intervención. *Y si es así, con mayor motivo se hubiera debido anticipar la prueba diagnóstica*. La afirmación del Servicio sienta la convicción de que se debió anticipar la prueba.

A mayor abundamiento, cuando fue atendida la paciente los días 5 y 10 de septiembre en el Servicio de Urgencias del Hospital, se hace constar manuscritamente como apreciación clínica la existencia de hernia en la paciente. En ese momento se debió efectuar un pronunciamiento sobre la oportunidad de anticipar la prueba diagnóstica, pero no se hizo. Fue el 8 de ese mismo mes cuando la paciente acudió a realizar la prueba ante un Centro privado; confirmado el diagnóstico, procedió la intervención inmediata. A lo que no hay nada que objetar, a la vista del curso de los acontecimientos.

En relación con lo expresado, una Sentencia de la Audiencia Nacional, de 5 de noviembre de 2003 entendió que procedía la responsabilidad administrativa “por un

retraso en el diagnóstico etiológico del dolor lumbar”, cuya “persistencia (...) debió poner sobre aviso a los diferentes traumatólogos”. La Sentencia 1864/2006, de 26 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, asimismo reconoce la responsabilidad sanitaria cuando, al existir “sintomatología compatible con los diagnósticos emitidos”, se interesa la realización de una resonancia que se realizó con ocho meses de retraso. Otra Sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 de diciembre de 2003, considera que “ante una sintomatología dolorosa intensa (...) se debían haber realizado más pruebas de imagen que una simple radiografía de abdomen”; como la que a la paciente se le realizó, sin hallazgos determinantes (“Rx CLS. Disco L5-S1 bajo. Dinámicas bien con discos normales móviles”). Justamente, la persistencia del dolor debió orientar en otra dirección.

En consecuencia, si por no haberse actuado conforme a las pautas exigibles, el paciente debe acudir a la Sanidad privada, sus gastos deben ser asumidos por la Administración sanitaria (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de octubre de 1998).

4. La Propuesta de Resolución, por las razones antes expuestas, es jurídicamente inadecuada, debiendo estimarse por el contrario la reclamación al existir relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio, inadecuado, y el daño padecido por la paciente, que ésta no tiene el deber de soportar, en sí mismo considerado y en relación con su tratamiento por el Servicio Canario de la Salud, consideradas las circunstancias del caso.

Por tanto, procede abonar a la afectada los gastos derivados de su asistencia privada, otra en concepto de las secuelas funcionales que sigue padeciendo, más una cantidad alzada en concepto de daño moral ascendente al 15% del total de la indemnización. Además, la cantidad resultante ha de actualizarse, siendo aplicable en este supuesto el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiendo estimarse la reclamación al ser exigible la responsabilidad del Servicio Canario de la Salud en este caso, con abono de indemnización a la interesada calculada según se señala en el Fundamento III, punto 4.