



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 30 de junio de 2010.

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 J.L.H.E., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 382/2010 IDS)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un Organismo Autónomo de la Administración autonómica.

De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad de solicitud 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 (RPAPRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

### II

Los hechos en lo que se basa la presente reclamación, presentada por J.L.H.E., según se relata en su solicitud, son los siguientes:

---

\* PONENTE: Sr. Díaz Martínez.

*PRIMERA. Que la exponente ha venido siendo atendida de sus padecimientos por el Complejo Hospitalario Nuestra Señora de La Candelaria, a raíz de que su médico de cabecera la remitiera a dicho Centro.*

*(...) El Servicio Hospitalario que atendió a la exponente desde su ingreso el día 15 de marzo de 2001 hasta el 12 de julio de 2001, tuvo oportunidad de realizar los diagnósticos necesarios y llegaron a la conclusión de que la lumbociática invalidante de la exponente no tenía tratamiento quirúrgico. No se me expuso en ningún momento tratamiento quirúrgico alternativo, no se me orientó para que buscara una segunda opinión de otro Servicio de Neurocirugía. Pues resulta evidente que de haber sido así constaría en el Informe que denegó el tratamiento quirúrgico, obligaciones que, de conformidad con el Real Decreto de Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social tiene la Administración.*

*SEGUNDA.- Que efectivamente había tratamiento quirúrgico, resulta de los informes de la Clínica U.N. y el buen resultado de dicho tratamiento evidencia que el Servicio de Neurocirugía erró en su diagnóstico y obligó a la exponente a buscar tratamiento en una clínica privada que le ofreció todas las garantías necesarias para su curación. Exigir a la exponente una segunda opinión del propio Centro de Salud o de otro de la misma zona, sin advertirle previamente que debía hacerlo, es imponer un plus de actuación que está por encima del buen funcionamiento de un Servicio de Salud.*

*TERCERA.- Que por esta razón ha acudido inicialmente a la vía laboral para reclamar el reintegro de los gastos médicos que por su incorrecta actuación ha tenido que sufragar, obteniendo en dicho procedimiento las Resoluciones que adjunto (...) que claramente indican la responsabilidad patrimonial de esa Administración y su obligación de indemnizarme los daños y perjuicios causados, si bien me remiten a la vía administrativa.*

La reclamante solicita una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados de 12.773 euros, cantidad a la que asciende el importe de los gastos médicos abonados al Centro privado.

Aporta con su solicitud informe de alta del Servicio de Neurocirugía de 30 de marzo de 2001 e informe clínico de la Sección de Reumatología del Centro Hospitalario Ntra. Sra. de Candelaria, así como copia de su historia clínica obrante en el Centro privado que le practicó la intervención quirúrgica; diversas facturas por los gastos abonados a este último Centro y la documentación relativa a su solicitud de reintegro de gastos médicos, que fue desestimada por la Administración, resolución

ésta cuya legalidad fue confirmada por Sentencia de 3 de diciembre de 2003 del Juzgado de lo Social nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de de 4 de octubre de 2004.

### III

1. La reclamante en este procedimiento ostenta la condición de interesada al pretender el resarcimiento de un daño cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por el Servicio Canario de la Salud.

Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

La reclamación fue presentada el 9 de noviembre de 2004 en relación con la asistencia sanitaria prestada entre el 15 de marzo y el 12 de julio de 2001. La intervención quirúrgica fue practicada en el Centro privado con fecha 18 de diciembre de 2001, causando alta el siguiente día 23 del mismo mes y año, habiendo quedado consolidado el estado de la paciente, según informe de la Inspección, el 22 de abril de 2002. No obstante, la reclamación no resulta extemporánea, al haberse interrumpido la prescripción por la presentación de la reclamación previa a la vía laboral ejercitada el 23 de enero de 2003 y ampliada el 17 de marzo de 2003, como indica la Sentencia de 28 de mayo de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, que resolvió el recurso interpuesto por la interesada contra la inadmisión de su reclamación por parte de la Administración por considerarla extemporánea. No ha transcurrido, en consecuencia, el plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 LRJAP-LPAC.

El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este 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 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

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.

2. Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, constan las siguientes actuaciones:

La reclamación fue presentada el 9 de noviembre de 2004 en el Registro General del Servicio Canario de la Salud, iniciándose en esta fecha el procedimiento.

El 24 de noviembre de 2004 se remite escrito a la interesada en el que se le comunica el procedimiento a seguir, número de expediente, plazo de resolución y efectos del silencio administrativo. Se le requiere además para que remita autorización expresa de acceso a los datos obrantes en su historia clínica por los profesionales que por razón de sus funciones tengan acceso a ella durante la tramitación del procedimiento.

El 25 de noviembre de 2009 se le remite nuevo escrito en el que se le requiere para que proceda a la subsanación de su solicitud mediante la aportación de su DNI y la proposición de prueba de la que pretenda valerse o ratificación expresa de que desea que no se lleve a efecto.

La interesada da cumplimiento a estos requerimientos en el plazo concedido al efecto, manifestando que no interesa práctica de prueba, si bien deja designado a estos efectos los archivos del Juzgado de lo Social donde fue resuelta su reclamación de reintegro de gastos.

Con fecha 7 de enero de 2005 se solicita del Servicio de Inspección y Prestaciones (en adelante SIP) que emita informe acerca de la fecha en que pueden considerarse consolidado el daño por el que se reclama.

En este informe se indica que la paciente, tras el tratamiento practicado en el Centro privado, fue vista nuevamente en el mismo con fecha 24 de abril de 2002, sin que se apreciaran cambios significativos en su estado clínico, por lo que concluye que puede considerarse esta última como fecha de consolidación.

Se otorga entonces trámite de audiencia a la interesada, con traslado del citado informe, manifestando aquélla que se ratifica en la reclamación presentada. Se dicta finalmente, tras la elaboración de la previa Propuesta de Resolución e informe favorable del Servicio Jurídico, Resolución por la que se inadmite a trámite la reclamación por considerar prescrita la acción.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la misma, resulta estimado por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 28 de mayo de 2007, ordenando la retroacción de las actuaciones y la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

El 6 de julio de 2007 se dicta, en cumplimiento de la citada Sentencia, Resolución por la que se admite a trámite la reclamación, se ordena el inicio del procedimiento y se comunica a la interesada que con la misma fecha se solicita a través del SIP el informe del Servicio cuyo funcionamiento ha causado la presunta lesión indemnizable, con suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento hasta la recepción del referido informe y, en todo caso, por un plazo máximo de tres meses.

Se acuerda además remitir el expediente a la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Ntra. Sra. de Candelaria, en cumplimiento de la Resolución de 22 de abril de 2004, del Director del Servicio Canario de la Salud, que delega en los Directores Gerentes de los Hospitales de las Áreas de Salud de Tenerife y Gran Canaria y Gerentes de Servicios Sanitarios de La Palma y Lanzarote la competencia para la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de su respectivo ámbito de actuación.

Esta Resolución fue notificada el día 24 del mismo mes y año, poniendo la interesada en conocimiento de la Administración diversos errores en la misma, que fueron corregidos mediante Resolución de 26 de julio de 2007.

Tras requerimiento posterior a su solicitud inicial de fecha 19 de mayo de 2009 el SIP emite informe el siguiente 16 de julio, en el que se estima correcta la asistencia sanitaria prestada. Se adjunta a este informe copia de las Historias Clínicas de la paciente obrantes en el Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria y en el correspondiente Centro de Salud, así como informe emitido por el Jefe de Servicio de Neurocirugía del citado Centro hospitalario.

El 4 de septiembre de 2009 se adopta acuerdo probatorio en el que se declara la pertinencia de las pruebas documentales propuestas por la interesada y por la Administración, si bien, dado que ya se encuentran incorporados al expediente, se declara concluso el periodo probatorio, sin perjuicio de las alegaciones y la documentación que puedan ser aportadas en el trámite de audiencia.

Este Acuerdo es notificado a la reclamante con fecha 9 de septiembre de 2009.

El 19 de octubre de 2009 se acuerda la concesión del trámite de audiencia, que fue notificado el siguiente día 9 del mismo mes y año, presentando escrito la interesada en el que propone la terminación convencional del procedimiento.

El 30 de noviembre de 2009 la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de Candelaria remite el expediente, al que se acompaña informe-Propuesta de Resolución de carácter desestimatorio, a la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud.

El 3 de marzo de 2010 se elabora Propuesta de Resolución de carácter desestimatorio por la Secretaría del Servicio Canario de la Salud, solicitándose posteriormente el informe del Servicio Jurídico. Este informe, que se emite el día 22 del mismo mes, no se pronuncia sobre la conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución, limitándose a considerar que debe concretarse la fundamentación jurídica de la misma.

Finalmente, el 14 de abril de 2010 se elabora la definitiva Propuesta de Resolución, igualmente de carácter desestimatorio, y se recaba con esta misma fecha el Dictamen de este Consejo.

La solicitud de Dictamen ha tenido entrada en este Organismo el 24 de mayo de 2010.

3. A la vista de las actuaciones practicadas puede considerarse que se han observado los trámites legal y reglamentariamente previstos. No obstante, no se ha resuelto el procedimiento dentro del plazo de seis meses legalmente establecido, habiéndose demorado la tramitación más de dos años desde que fue admitida la reclamación en ejecución de Sentencia, sin causa que lo justifique. La demora producida, sin embargo, no impide la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en el art. 42.1 LRJAP-PAC, cabiendo resolver en el sentido propuesto [arts. 43.4.b) de dicha Ley].

## IV

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, de la documentación obrante en el expediente se deriva la siguiente secuencia de hechos:

La paciente, en el contexto de una patología degenerativa crónica de la columna lumbar, experimentó una reagudización clínica en marzo de 2001 con dolor intenso (lumbociática invalidante) lo cual motivó su ingreso en el Servicio de Neurocirugía el

día 15 del citado mes. Las pruebas radiológicas practicadas demostraron, además de los cambios espondilodegenerativos, una estenosis del canal lumbar y protrusión L4-L5.

La paciente recibió el alta de este Servicio el 30 marzo de 2001. En el correspondiente informe se hace constar que fue tratada con Baycip, persistiendo dolor en cadera derecha y que se solicita consulta al Servicio de Reumatología, que se fijó para el 9 de abril.

En informe clínico de este último Servicio de 10 de julio de 2001, se indica que se trata de una mujer de 67 años de edad con dolor de lumbociatalgia izqda. de características invalidantes, que tras ser valorado por el Servicio de Neurocirugía y habiéndose descartado el tratamiento quirúrgico, es remitida para valoración y tratamiento. Los estudios complementarios realizados confirman la existencia de patología degenerativa lumbar en fase avanzada, con síndrome del receso lateral lumbar y hernia discal medial L4-L5, así como una osteopenia con datos en el estudio densitométrico que se encuentran falsamente elevados debido a la artrosis avanzada lumbar.

En este informe, dirigido a la atención de su médico de cabecera, se indica que la paciente debe seguir el tratamiento y las normas dadas durante la última visita médica, aconsejándose la realización de ejercicios de fortalecimiento de la musculatura paravertebral (natación).

El 10 de septiembre de 2001, la paciente acude a la Clínica U.N. y es diagnosticada de importante artrosis en rodilla izquierda y artrosis con espondilolistesis lumbar.

En este Centro se opta por tratamiento conservador, consistente en infiltración facetaria y rizolisis por el dolor de rodilla.

Acude nuevamente a este mismo Centro el 26 de noviembre de 2001, esta vez por dolor de doce días de duración. Se practica nueva R.N.M. que no objetiva cambios sustanciales con respecto a la previa. Se programa por ello para intervención quirúrgica 22 días después, el 18 de diciembre de 2001, dado que no ha mejorado con medidas conservadoras.

2. Durante la instrucción del procedimiento se emitió informe por el Jefe de Servicio de Neurocirugía del Hospital Ntra. Sra. de Candelaria, así como por el SIP.

2.1. El Jefe de Servicio de Neurocirugía señala:

La paciente fue dada de alta del Servicio cuando se observó suficiente mejoría clínica tras el tratamiento sintomático practicado.

El informe de la TC practicado durante su ingreso detalla que presenta avanzados cambios espondilodegenerativos con discopatías crónicas L3-L4 y L4-L5, además de protrusión o hernia medial L4-L5. Existe también una hipertrofia facetaria que condiciona una estenosis de los recesos laterales.

No consta en la historia clínica de la paciente o en ningún documento aportado que solicitase una segunda opinión en el Servicio de Neurocirugía.

En relación con la actitud terapéutica, adoptada con la paciente durante su ingreso, fue correcta puesto que la opción quirúrgica no constituye una medida de primera elección en la patología degenerativa de la columna lumbar. Su uso debe estar restringido para aquellos casos en los que exista una indicación precisa y siempre tras comprobar a largo plazo el fracaso de medidas terapéuticas de menor riesgo para el paciente.

La paciente fue atendida en el Servicio de Traumatología del Centro privado en noviembre de 2001 según copia del informe médico aportado de fecha 5 de diciembre de 2001. En dicho informe se manifiesta que la paciente había mejorado clínicamente con el tratamiento prescrito previamente (infiltración y rizolisis percutánea), experimentando nueva recaída con dolor intenso por cara lateral de pierna derecha y muslo derecho que se inició doce días antes de su evaluación en dicho Centro.

Fue intervenida el 18 de diciembre de 2001 con diagnóstico de estenosis del canal y discopatía L3-L5, practicándose recalibrado L3-L5 y artrodesis L3-L5 con instrumental CUN rígido y autoinjerto.

En las tres semanas transcurridas desde la indicación del tratamiento quirúrgico hasta la realización de la intervención no consta que la paciente hubiese solicitado una nueva valoración en el Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria.

En enero de 2003, aproximadamente un año tras la intervención quirúrgica practicada, la paciente acudió nuevamente al citado Servicio aquejada de lumbalgia irradiada a miembro inferior derecho, según consta en informe médico de 17 de enero de 2003 y en el que se propone tratamiento con parches de fentanilo ante la persistencia clínica dolorosa. Es esta mala evolución clínica la que pone en duda el buen resultado terapéutico que manifiesta la demandante en su reclamación.



El criterio aplicado por el Servicio de Neurocirugía fue correcto. Puede existir una opción quirúrgica en algunos casos seleccionados de patología lumbar degenerativa, pero esta alternativa no debe aplicarse hasta no haber comprobado el fracaso a largo plazo de otras medidas terapéuticas mucho más simples, menos agresivas y con resultado tanto o incluso más satisfactorio que otras terapias francamente invasivas como la cirugía.

2.2. El informe del SIP, después de señalar los antecedentes relevantes, alcanza las conclusiones siguientes:

No existe error de diagnóstico o terapéutico.

La propuesta de cirugía fue ofertada en el Centro privado en noviembre de 2001, cuando fracasaron las medidas conservadoras indicadas ante un cuadro clínico de características degenerativas, sin compromiso neurológico, de 12 días de duración.

La cirugía sería aconsejable sólo después de que, aplicados tratamientos conservadores (no quirúrgicos) éstos no han dado resultados.

La reclamante decide soportar los gastos sanitarios que la asistencia privada generaría. En consecuencia, si se reconociese el derecho al reintegro de la cantidad solicitada, se podría además de no cumplirse las exigencias reglamentarias, estar incurriendo indirectamente en una vulneración del derecho a la igualdad en el acceso y uso de los servicios sanitarios establecidos en la Ley General de Sanidad y Ley de Ordenación Sanitaria de Canarias, de forma que aquellos usuarios que tuviesen disponibilidades económicas suficientes pueden optar por acudir a servicios ajenos, en detrimento de los usuarios que no tienen o no disponen de las mismas posibilidades.

El derecho a la segunda opinión facultativa es un derecho reconocido en el art. 8 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Canarias y no se concibe como un derecho absoluto que el ciudadano pueda ejercer indiscriminadamente acudiendo al Centro que él decida sin solicitar previamente al órgano correspondiente de la Dirección del Área de Salud el ejercicio de tal derecho. El titular de derecho a la asistencia sanitaria no está facultado por sí mismo para dirigirse a medios ajenos al Sistema Nacional de Salud y alegar posteriormente una asistencia incorrecta para reclamar los gastos ocasionados, sino que le corresponde la carga de utilizar los medios para obtener de la Administración, bien la prestación debida, bien la autorización para la utilización de medios ajenos. Es solo cuando la urgencia de la situación sea tal que

sea imposible obtener la asistencia que precisa por los servicios públicos competentes, cuando quedaría el reclamante facultado para dirigirse directamente a un centro sanitario ajeno al Sistema Nacional de Salud, lo que no se presenta en este caso.

3. La Propuesta de Resolución, con fundamento en los citados informes, desestima la reclamación presentada al considerar que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Según se expresa en sus Fundamentos, la asistencia sanitaria prestada a la reclamante fue correcta, tanto en lo que se refiere al diagnóstico como al tratamiento de su enfermedad y, por lo que se refiere a la opción de una segunda opinión, se indica que los titulares del derecho a la asistencia sanitaria no están facultados por sí mismos para dirigirse a medios ajenos al Sistema Nacional de Salud, salvo que se trate de una urgencia vital, lo que no acontece en el presente caso.

4. La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho.

De las actuaciones practicadas resulta que no existió error de diagnóstico por parte del servicio sanitario público y que el tratamiento pautado a la reclamante fue el adecuado a la patología presentada. En este sentido, los informes obrantes en el expediente acreditan que la opción quirúrgica no constituye una medida de primera elección en la patología degenerativa de la columna lumbar, sino que, por el contrario, su uso debe estar restringido para aquellos casos en los que exista una indicación precisa y siempre tras comprobar a largo plazo el fracaso de medidas terapéuticas de menor riesgo para el paciente. Esta misma conclusión puede extraerse de las medidas terapéuticas adoptadas en el Centro privado, en el que primeramente se pautó tratamiento conservador (septiembre de 2001) y sólo fue a la vista del empeoramiento posterior cuando se optó por el tratamiento quirúrgico (diciembre de 2001).

Por otra parte, el tratamiento administrado en el Centro público consiguió la mejoría de la paciente, que fue dada de alta en el Servicio de Neurocirugía el 30 de marzo de 2001, con consultas posteriores en el de Reumatología hasta el 10 de julio, donde se pautó también tratamiento. Sin embargo, ante su empeoramiento, optó por acudir al Centro privado, con lo que no dio oportunidad al servicio sanitario público de plantear otras posibles medidas terapéuticas que pudieran resultar procedentes a la vista de su situación clínica. La asistencia sanitaria prestada puede, en consecuencia, considerarse ajustada a la *lex artis*, al pautar un tratamiento no

agresivo para tratar de paliar las consecuencias de su enfermedad, como igualmente se llevó a cabo en el Centro privado en un primer momento.

5. Por lo que se refiere a la cuestión de la ausencia de información sobre la posibilidad de tratamiento quirúrgico alternativo y de orientación acerca de la conveniencia de solicitar una segunda opinión, no consta en el expediente que la paciente recibiera información sobre tales extremos.

No obstante, la falta de información sobre un posible tratamiento quirúrgico, que fue descartado por el Servicio de Neurocirugía teniendo en cuenta las pruebas diagnósticas realizadas, no ha causado daño a la interesada porque, por una parte, el tratamiento practicado consiguió la mejoría de su enfermedad y, por otra, porque no se ha acreditado que su administración tuviera efectos perjudiciales en atención a la enfermedad padecida o supusiera un retraso en la práctica de otros tratamientos posibles del que hubiese derivado un agravamiento de su patología. De hecho, como antes se ha relatado, el tratamiento conservador, no agresivo, fue también la primera opción en el Centro privado.

La opción quirúrgica por lo demás, de acuerdo con el informe del Jefe de Servicio de Neurocirugía, no está indicada en todos los casos y se trata de una alternativa que no debe aplicarse hasta no haber comprobado el fracaso a largo plazo de otras medidas terapéuticas mucho más simples, menos agresivas y con resultado tanto o incluso más satisfactorio. En el caso concreto de la reclamante, la evolución posterior (lumbalgia irradiada a miembro inferior derecho, con clínica dolorosa) pone en duda, además, el buen resultado terapéutico, sin que se hubiera logrado la curación de la enfermedad.

La opción de acudir al Centro privado fue libremente decidida por la reclamante, abandonando así el servicio sanitario público, sin permitir por tanto que se pusieran a su disposición otras alternativas terapéuticas, ni siquiera una vez conocida la opción de la intervención quirúrgica, que igualmente decidió practicarse en el citado Centro, con los consiguientes gastos.

La vía de la responsabilidad patrimonial no puede finalmente suplir la de reintegro de gastos, que en este caso fueron desestimados. La estimación de la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere que concurran los presupuestos legalmente establecidos, entre los que se encuentra la producción de un daño causado por el funcionamiento de los servicios públicos, que en el presente

caso no se ha producido, pues el tratamiento médico aplicado a la reclamante fue conforme a la *lex artis*.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación presentada, se considera conforme a Derecho.