



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 19 de enero de 2011.

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 L.R.L., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 360/2010 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 de un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 4 de mayo de 2010, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 18 de mayo de 2010, si bien el plazo de emisión de Dictamen fue suspendido por acuerdo de la Sección II de este Organismo, de 16 de junio de 2010, en virtud de lo previsto en el art. 53.a) del Reglamento del mismo, solicitando información complementaria, que fue recibida el 22 de diciembre de 2010.

De la naturaleza de la 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.

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de L.R.L., al pretender el resarcimiento de un daño que se le irrogó en su persona como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de 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. La competencia para incoar y resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial la ostenta el Director del Servicio Canario de 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.

Mediante Resolución de 22 de abril de 2004, del Director del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para la incoación o admisión a trámite de todos los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria (Resuelvo Segundo.2). La misma Resolución delega en los Directores Gerentes de los Hospitales del Servicio Canario de la Salud de las Áreas de Salud de Tenerife y de 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, por lo que corresponde a la Secretaría General la incoación y al Director Gerente del Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria la tramitación del presente procedimiento.

Finalmente, la Propuesta de Resolución es competencia de la Secretaría General del Servicio Canario de 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. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, conforme a lo establecido en los arts. 142.5 LPAC y 4.2 RPRP, pues la

misma se presentó en la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios el 20 de junio de 2007, desde donde se remitió a la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud el 27 de septiembre de 2007, sin que se haya determinado el alcance del daño a la fecha de reclamación, habiendo causado alta por el proceso médico objeto de la reclamación en febrero de 2009.

III

1. El interesado expone los hechos objeto de la reclamación en su escrito de solicitud, de fecha 20 de junio de 2007. No se cuantifica sin embargo el daño por el reclamante. Según se expresa en la misma, "reclamo contra especialistas del ambulatorio Tomé Cano por denegarme pruebas que he pedido hace muchos años, pero primeramente contra el Dr. Del Hospital de Nuestra Sra. de Candelaria (...), Jefe de Reumatología por desprecio y posible negligencia. Si alguno de estos médicos cometió una posible negligencia u otra causa lo que pido es que me paguen este daño que me han hecho desde 1992".

2. 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 30/92).

Por otra parte, constan practicadas, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, las siguientes actuaciones:

- El 2 de octubre de 2007 se identifica el procedimiento y se insta al interesado a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación. Siendo notificado este trámite el 5 de octubre de 2007, el interesado cumplimenta el mismo el 9 de octubre de 2007.

- Por Resolución de 24 de octubre de 2007, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación interpuesta y se suspende el plazo para resolver entre la solicitud y la recepción del Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones. Asimismo se acuerda la remisión de la documentación obrante en expediente a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria para que continúe con su tramitación (remitiéndose el 25 de octubre de 2007), en cumplimiento de la Resolución de 22 de abril de 2004, del Director. De ello es notificado el interesado el 9 de noviembre de 2007.

- El 25 de octubre de 2007 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, informando que se remita al mismo a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria. Tal informe se emite, tras recabar la documentación oportuna, el 11 de septiembre de 2009, dándosele traslado a la citada Dirección Gerencia.

- El 2 de octubre de 2009 se dicta acuerdo probatorio, en el que se declara la pertinencia de las pruebas propuestas; mas, señalando que obran ya todas en el expediente, se declara concluso el periodo probatorio.

- Por acuerdo de 19 de noviembre de 2009 se determina la apertura de trámite de audiencia, de lo que recibe notificación el interesado el 28 de diciembre de 2009, sin que se presenten alegaciones.

- El 10 de febrero de 2010 se dicta por la Directora Gerente del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria informe-propuesta de resolución, en sentido desfavorable a la pretensión del reclamante, que es asumida por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud en su Propuesta de Resolución de 11 de marzo de 2010. Tal Informe-Propuesta es estimado conforme a Derecho por el informe del Servicio jurídico de 29 de abril de 2010.

- Con fecha 4 de mayo de 2010 se elabora la Propuesta de Resolución que se somete al preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo.

- Solicitado Dictamen a este Consejo Consultivo, el 16 de junio de 2010, se acuerda por la Presidencia de la Sección II del mismo, en reunión celebrada el 16 de junio de 2010, la suspensión de la emisión del Dictamen en virtud de lo previsto en el art. 53.a) del Reglamento del Organismo, solicitando: *"Informe del Servicio que proceda (Traumatología o Reumatología) del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria acerca de:*

a) En qué supuestos está indicada la realización de resonancia magnética y de gammagrafía ósea.

b) Si concurrió en el reclamante en 2003 sintomatología novedosa respecto de los años anteriores -en los que venía siendo tratado de su dolencia en un hombro- que justificara la realización, en ese momento, y no antes, de la resonancia que, al parecer, el paciente ya había demandado con anterioridad".

- El 16 de noviembre de 2010 se emite tal informe por especialista de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria, lo que tiene entrada en el Consejo Consultivo de Canarias el 22 de diciembre de 2010.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de la reclamante con fundamento en las consideraciones resultantes del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones. Así la Propuesta de Resolución señala entre otras consideraciones:

“La prueba diagnóstica de RM practicada en el 2003 objetivó signos incipientes de tendinitis y degeneración. No aconsejó medida terapéutica más que tratamiento conservador (basado en la aplicación de técnicas de fisioterapia, la iontoforesis, los ultrasonidos, la magnetoterapia, los antiinflamatorios, las fuentes de calor local y las infiltraciones de corticoides locales).

(...) Ante los hallazgos de noviembre de 2006 en RM y la no mejoría del cuadro clínico aconsejó valorar la opción quirúrgica (consistente en la descompresión subacromial y sutura del tendón lesionados, bien por técnica abierta, es decir, por medio de una incisión sobre el hombro y reparación de la lesión, o bien por técnica artroscópica. El procedimiento consiste en la liberación de los tendones de bursas inflamadas o cicatrices en el espacio subacromial, la eliminación de calcificaciones si están presentes, la resección de una porción del techo óseo del túnel subcromiocracoideo ampliando así su diámetro y descomprimiendo el tendón que sufre la compresión por estrechamiento del túnel, y por medio la reparación de aquellos tendones que sufran una rotura parcial o total suturando éstos por medio de técnicas artroscópicas).

(...) La actuación médica se acomodó a las conclusiones derivadas de la sintomatología y pruebas practicadas.

En la actividad de diagnóstico también es aplicable el principio de la lex artis ad hoc, del caso concreto, considerando que en este caso se aplicó. En la que sin embargo no se pueden sentar reglas absolutas dado el constante avance de la ciencia, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano, que obliga a métodos y atenciones diferentes, no cabe por tanto derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del servicio sanitario”.

Además, se añade en aquel informe que viene citando la Propuesta de Resolución:

“No se ha probado que fuera necesario llevar a efecto la resonancia magnética con anterioridad al momento en que se hizo, dado que no se precisaba su realización

antes de aparecer en el paciente los síntomas que la hicieran exigible. La realización de la resonancia magnética depende del cuadro clínico que presente en cada momento el paciente y del posible fallo del tratamiento conservador indicado. Tal y como ha quedado expuesto y acreditado, se sometió al paciente a las pruebas y al tratamiento que en cada momento precisó su cuadro clínico. Por ello, no cabe entender, en ningún caso, una actuación contraria a la lex artis ad hoc (...).

En definitiva, no puede entenderse que resulte acreditado un retraso contrario a la lex artis en la realización de la resonancia magnética, sino que, por el contrario, se llevaron a cabo las actuaciones aconsejadas por las técnicas de salud en el momento adecuado, concurriendo en definitiva una adecuación objetiva del servicio médico prestado, lo que impide apreciar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la administración (...).

(...) Estamos, por tanto, ante un supuesto de normal funcionamiento del servicio público de la Administración en el que, además, no se acredita la existencia de nexo causal entre el proceder sanitario asistencial y el daño cuya indemnización se pretende al no constar acreditada ni la supuesta e hipotética mala praxis, ni un diagnóstico erróneo, ni demora alguna en el tratamiento”.

2. El Informe de especialista de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria, emitido a solicitud de este Consejo Consultivo el 16 de noviembre de 2010, tras exponer los antecedentes obrantes en el Hospital de la Candelaria respecto del paciente aquí reclamante, en relación con la dolencia que ha llevado a ello, señala:

Por una parte, que la resonancia magnética, en lo referente al aparato locomotor, es una prueba que se solicita para valorar estructuras óseas, tendomusculares, cartilaginosas, líquidos intraarticulares y neurológicas, orientadas, fundamentalmente a alteraciones anatómicas o aparición de masas tumorales.

Por otra parte, respecto de la gammagrafía ósea, se solicita fundamentalmente para valorar procesos degenerativos articulares, procesos inflamatorios, tumorales o metástasis dentro del aparato locomotor, sirviendo también de ayuda para valorar procesos de aflojamientos de material protésico.

Ya acerca del caso concreto del reclamante, el especialista informante señala que la valoración realizada por él en 2003, primera vez que vio al paciente, según afirma el especialista, y se acredita a la vista de la historia clínica del paciente, justificó la solicitud de la RMN, dada la cronicidad del proceso.

3. También añade dicho Informe que, con anterioridad a esta fecha, la citada prueba, o no se hacía (por falta de equipos), o, cuando se solicitaba, requería una indicación muy restringida, siendo el paso del tiempo lo que ha llevado a la generalización de este estudio, dado que se ha demostrado su utilidad y su total asequibilidad.

El informante concluye asimismo que los datos clínicos del historial de que dispone no le permiten opinar sobre el caso que nos ocupa, en cuanto a la necesidad o no de la realización de la RMN con anterioridad.

Lo así expresado en la información complementaria requerida resulta determinante para rechazar la existencia de negligencia en la realización de la asistencia sanitaria prestada al paciente en el supuesto sometido a nuestra consideración, que es en que el reclamante esgrime como título de imputación sobre el que fundamenta su reclamación, de acuerdo con su solicitud: "reclamo contra especialistas del ambulatorio Tomé Cano por denegarme pruebas que he pedido hace muchos años, pero primeramente contra el Dr. Del Hospital de Nuestra Sra. de Candelaria (...), Jefe de Reumatología por desprecio y posible negligencia".

Ha quedado acreditado que en este Servicio fue visto en 1992 y que, desde entonces, ni este facultativo ni ningún otro miembro del servicio ha visto al paciente, según informe de 1 de agosto de 2007.

Como argumenta, por otro lado, el Servicio Jurídico en su Informe de 12 de enero de 2010, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, "la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia (RJ 2002/1817) identifica el criterio de la *lex artis* con el de "estado de saber" y sólo considera daño antijurídico aquel que no supera dicho parámetro de normalidad, entendiendo que la nueva redacción del art. 141.1 de la Ley 30/1992 ha tenido como único objeto consagrar legislativamente la línea jurisprudencial tradicional. Queda acreditado de los documentos obrantes en el expediente que no existió que no existió en ningún caso una actuación contraria a la *lex artis ad hoc*, habiendo sometido al paciente a las pruebas y al tratamiento que en cada momento precisión su cuadro clínico".

Recoge así acertadamente la Propuesta de Resolución que "en la actividad de diagnóstico también es aplicable el principio de la *lex artis ad hoc*, del caso concreto, considerando que en este caso se aplicó. En la que sin embargo no se pueden sentar reglas absolutas dado el constante avance de la ciencia, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano, que obliga a

métodos y atenciones diferentes, no cabe por tanto derivar del daño o mal del paciente sin más la responsabilidad del servicio sanitario”.

Como el anterior Informe-Propuesta señalaba, “salvo las consideraciones que en la reclamación se hacen no consta en el expediente criterio médico alguno que permita considerar que en el presente caso hubiera mala praxis o actuación contra protocolo. Como sabemos la actividad médica es básicamente de medios y no de resultado, y es lo cierto que en el caso que nos ocupa se cumplieron todos los criterios del acto médico considerado. Siendo esto así, no puede surgir título de imputación determinante de responsabilidad”

4. Por lo demás, el reclamante, ni en el momento inicial en que formalizó su solicitud, ni en otros trámites sucesivos, ha procedido a cuantificar los daños supuestamente causados que en todo caso refiere a fechas bastante remotas ya en el tiempo, porque si lo que aduce es la falta de la práctica de la prueba de resonancia magnética antes de 2003, cobra decisiva relevancia lo que indica el informe complementario acerca de que entonces la citada prueba, o no se hacía (por falta de equipos), o, cuando se solicitaba, requería una indicación muy restringida, siendo el paso del tiempo lo que ha llevado a la generalización de este estudio.

De acuerdo con las reglas distribuidoras de la carga de la prueba, al reclamante corresponde probar la existencia de los daños y por tanto determinar también su posible extensión; lo mismo que a la Administración le corresponde de contrario fundamentar que no ha habido un defecto en el funcionamiento del servicio: una prueba que, aunque negativa, le incumbe sobre la base de la doctrina de la facilidad probatoria y las reglas reguladoras de su responsabilidad patrimonial.

Y tampoco facilita la tarea probatoria, en fin, el relato de la historia clínica que se aporta sobre el tratamiento dispensado en atención primaria (pág. 250), de la que tampoco cabe deducir los episodios que el paciente refiere en su escrito de reclamación, supuestamente acontecidos entre 1992 y 2003.

C O N C L U S I Ó N

Es conforme a Derecho. Procede desestimar la pretensión del interesado en el supuesto sometido a la consideración de este Consejo Consultivo.