



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 247/2011

(Sección 1ª)

La Laguna, a 25 de abril de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.E.F.P., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 207/2011 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Se dictamina la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (PR), formulada por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud (SCS), Organismo Autónomo integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC), al presentarse por la afectada una reclamación por daños, que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

La interesada en el ejercicio del derecho indemnizatorio, al efecto contemplado en el Ordenamiento Jurídico, exige la correspondiente responsabilidad patrimonial del SCS, al estimar deficiente la actuación del servicio público sanitario.

2. La solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Se encuentra legitimada para remitirla la Consejera de Sanidad, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. La afectada en su escrito de reclamación manifiesta que en el año 1999, al presentar con anterioridad diversos dolores en su cuerpo, especialmente, en la columna, cervicales, caderas y espalda, decidió acudir al Centro de Salud de Arucas, a su médico de familia, quien sin la práctica de prueba diagnóstica alguna, le

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

prescribió diversos analgésicos para sus dolencias, al considerarlas derivadas de la depresión que sufría, recomendándole, además, caminar con regularidad.

Sin embargo, no mejoró y tras acudir a su médico en posteriores ocasiones, tan solo se le prescribieron analgésicos más potentes, sin que se le realizara ninguna prueba diagnóstica.

El 7 de septiembre de 1999, puesto que le era imposible incorporarse de la cama, acudió de nuevo a su médico de cabecera, que, tras la realización de varias pruebas radiográficas de diversas zonas de su cuerpo, le diagnosticó fibromialgia, enfermedad que consiste en un proceso reumático de origen desconocido, que afecta a las partes blandas, pero no a los huesos, ni a las articulaciones. La enfermedad altera los mecanismos que regulan las sensaciones dolorosas, incrementándolas, tal y como se expresa en el folleto explicativo proporcionado por la Sección de Reumatología del Hospital Dr. Negrín, que adjunta a su reclamación.

4. Posteriormente, en el 2000, según relata la paciente, fue remitida al Servicio de Reumatología del citado Hospital, limitándose el especialista que la atendió, el Dr. C.R.L., a observar las radiografías previamente hechas, sin prescribirle ninguna otra prueba diagnóstica, confirmando la fibromialgia, recomendándole nuevos analgésicos, más potentes que los anteriores, derivados, incluso, de los opiáceos y la práctica de actividades tales como la natación.

5. Así, según manifiesta, durante años su calidad de vida se fue deteriorando, hasta el punto de perder la sensibilidad en la parte inferior del cuerpo, sufrir incontinencia de las necesidades fisiológicas, una limitación absoluta de su movilidad e insomnio, necesitando de la ayuda de sus familiares par asearla y vestirla.

6. En abril de 2003, decidió acudir a los servicios médicos privados del ICOT, en concreto a la consulta del Dr. R.R.A., el cual tras examinar las radiografías ya referidas, examinadas previamente por los Doctores del SCS, le diagnosticó Hernia Discal L3, L4, y una discopatía L3, L4, e inestabilidad lumbar, pero para confirmar su primer diagnóstico decidió realizarle una Resonancia Magnética Nuclear (RMN), tras la que se ratificó el primer diagnóstico.

7. Posteriormente, después de empeorar su estado, acudió de nuevo al Servicio de Urgencias del Hospital Dr. Negrín, donde tras presentar las radiografías y los resultados de la RMN, se corrobora el diagnóstico del Dr. R.A. Sin embargo, señala que a pesar de sus graves padecimientos y a la confirmación del diagnóstico referido,

se le citó, para más de dos meses después, a una consulta externa de traumatología, sin realizar actuación inmediata alguna para paliar sus dolores.

Por ello, dado su estado, con un gran sufrimiento, la afectada alega que decidió acudir a la medicina privada para proceder a una inmediata intervención quirúrgica, que, en efecto, se le hizo enseguida, mejorando su estado considerablemente, al menos en lo relativo a la hernia discal detectada y sus consecuencias.

8. Así, la paciente considera que el SCS, al que acudió desde 1999, efectuó un diagnóstico inicial erróneo, no realizándosele las pruebas necesarias para detectar con exactitud sus padecimientos, recomendándole un tratamiento farmacológico insuficiente y unas normas de vida contraproducentes o incompatibles con los mismos, acelerando su proceso degenerativo y, especialmente, empeorando su estado de salud, no sólo al principio de acudir al SCS, sino con posterioridad, incluso una vez determinadas con precisión esas dolencias.

Estas deficiencias en la asistencia le han causado unos gastos médicos, pues ante el tratamiento ineficaz por inadecuado y la pasividad del mencionado SCS, se vio obligada a recurrir a la medicina privada, ascendiendo a 7.863,10 euros el importe de los servicios que le prestaron, cuantía que reclama y a la que ha de añadirse la indemnización por los daños morales que ha sufrido, derivados de la excesiva duración de sus graves padecimientos, que valora en 125.000 euros.

9. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP), siendo una materia, cuya regulación no ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello. Además, es de aplicación de la normativa específicamente reguladora del servicio sanitario prestado, tanto básica estatal, como autonómica de desarrollo, como la Ley de Ordenación Sanitaria de Canarias y sus Reglamentos.

II

1. EL procedimiento se inició con la presentación, el 11 de junio de 2004, del escrito de reclamación, tras la que se otorgó el trámite de vista y audiencia, emitiéndose el 18 de abril de 2005, una Propuesta de Resolución por la que no se admitió a trámite su reclamación por considerarla extemporánea. Sin embargo,

después de la emisión del Informe de la Asesoría Jurídica del SCS, se dictó, teniendo en cuenta lo expuesto en él, la Resolución de 27 de mayo de 2005, admitiéndola a trámite.

Así mismo, se procedió a la apertura del periodo probatorio, proponiendo la afectada la práctica de varias pruebas, entre ellas varias testificales, con la finalidad de demostrar las condiciones de vida que padeció durante su enfermedad, las cuales se inadmitieron por entenderse innecesarias. Posteriormente, el 7 de julio de 2005, se dictó una Resolución, por la que se admitió la totalidad de las pruebas, excepto las testificales por el motivo expresado.

Tras interponerse recurso de alzada, se dictó la Resolución de 27 de noviembre de 2007, estimando parcialmente el recurso, pero, al final, se inadmitieron las citadas pruebas testificales, puesto que, las condiciones de vida de la afectada durante su enfermedad, no se consideró un hecho controvertido, sino cierto, siendo innecesarias la práctica de tales pruebas.

Posteriormente, sin justificación alguna se produjo la paralización de la tramitación del procedimiento, hasta que en 2009 se concede el trámite de vista y audiencia y, luego, tras diversas redacciones de Propuestas de Resolución e informes de la Asesoría Jurídica Departamental, el 14 de marzo de 2011 se formuló la Propuesta de Resolución definitiva, incumpléndose sin justificación el plazo resolutorio.

2. Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, regulado en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los artículos 139 y 142 LRJAP-PAC.

En relación con ello, se entiende que la reclamación se presentó dentro de plazo, siendo correcto que se comience el cómputo del plazo desde el momento en el que realizó el último pago de la atención médica privada, que alega como daño patrimonial ocasionado por la deficiente prestación del servicio sanitario.

III

1. La Propuesta de Resolución, objeto del presente Dictamen, es de carácter desestimatorio, pues el órgano instructor considera que no concurre el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño sufrido, pues no se ha demostrado mala *praxis* en la actuación de los servicios sanitarios.

Así, el instructor estima que las actuaciones practicadas por los facultativos del SCS, responden a las exigencias de la *lex artis*, ya que, en los resultados de las pruebas que se le practicaron a la paciente, no se apreciaban indicios que permitieran diagnosticar la existencia de hernia discal.

2. No obstante lo anterior, se considera que la interesada sufría, desde el primer momento en que recibió asistencia del SCS, dolores en la columna vertebral, hecho constatado por los médicos actuantes.

Así, en informe complementario del Servicio de Neurocirugía se manifiesta que, aun cuando la paciente, al ser valorada por el Servicio de Reumatología en fechas de 14/12/2000, 15/03/2001 y 18/04/2001, no refirió sintomatología que hiciera sospechar la existencia de una hernia discal lumbar, sus molestias consistían en ese periodo de tiempo en dolor en toda la columna. Lo que, por lo demás, resulta aparentemente paradójico, pues este dato es compatible con la posible existencia de hernia lumbar.

Por supuesto, es incuestionable, de acuerdo con la opinión de todos los médicos intervinientes, del SCS o privados, que la paciente padece fibromialgia desde antes de ser atendida por el SCS; enfermedad consistente, según el Servicio de Reumatología del Hospital Dr. Negrín, en un proceso reumático de partes blandas, caracterizado por dolor en múltiples lugares del organismo, tales como cuello, columna, caderas y brazos. Pero está objetivado que también tiene hernias discales de larga evolución, coexistentes con la fibromialgia.

Consecuentemente, sin el descarte total y absoluto, al no realizar comprobación de la posible presencia de hernias, achacándose todos los síntomas y padecimientos de la paciente a la fibromialgia, lo cierto es que el tratamiento pautado, tanto en fármacos como en actividades, no podían dar resultados favorables plenamente en relación con los dolores y estado de la paciente, que no recibió asistencia para sus hernias.

En este sentido, no se pone en duda que, durante los años en que se mantuvo esta situación, al no detectarse las hernias, la calidad de vida de la afectada se vio mermada considerablemente, presentando limitaciones funcionales y síntomas que, junto con los dolores en la columna, están asociados a hernia lumbar o, al menos, son sugestivos de su presencia.

Así, es significativo que el especialista privado al que, dada la situación, acudió la interesada, detectó, conociendo el diagnóstico previo de fibromialgia y aun confirmando tal enfermedad, que tenía un cuadro de afectación raquídea por polidiscopatía de varios años de evolución. Por eso, efectuadas las pruebas correspondientes confirmatorias de tal problema, se constata que los dolores de la afectada se corresponden a una discopatía generalizada dorsal-cervical-lumbar, que, sólo posteriormente y tras varios años de infructuosas valoraciones, sin pruebas diagnósticas al respecto que podían, y debían, haber sido hechas, confirman los especialistas del SCS.

Finalmente, tras mucho tiempo de padecimientos, se corrobora el diagnóstico del especialista privado, sin que los tratamientos prescritos, anteriormente, le hubieren aliviado sus padecimientos.

3. En resumidas cuentas, está acreditado que el diagnóstico de fibromialgia para las dolencias de la interesada, producido desde un principio y mantenido en años, alterándose sólo por la intervención de un especialista privado, lo que lleva a estimar que no era plenamente acertado, errándose en cuanto que, además de esta dolencia existía polidiscopatía, detectable con los medios disponibles, siendo los síntomas compatibles con aquélla, teniendo años de evolución al diagnosticarse, con el devenir del tiempo.

Por ello, como se dijo ya, no fue acertado el control del estado de la paciente, siendo imparable su evolución a peor y disminuyéndose acrecentadamente su calidad de vida, al aumentar los dolores, sufrimientos y limitaciones, sin servir, para evitarlos, los medios pautados no ya para solucionarlos, sino para al menos paliarlos.

4. Por lo tanto, ha de concluirse en la existencia de error de diagnóstico, quizá no al inicio de la asistencia a la paciente, pero sí después a lo largo de la misma, cuando los síntomas crecientes sugerían la posible presencia de hernias junto a la fibromialgia, y su detección era posible con pruebas diagnósticas apropiadas al caso y disponibles, lo que supone que no se cumplió con la obligación de utilización de todos los medios disponibles, pues, termina por considerarse el diagnóstico del especialista privado, sólo tras la intervención del mismo requerido por la interesada.

Además, se ha producido una pérdida de oportunidades, pues al reiterar un diagnóstico erróneo durante años, pese a la evolución desfavorable de la interesada, dándose en ella síntomas compatibles con otras dolencias, al no realizarse la totalidad de las pruebas diagnósticas, se ha evitado no sólo que se hubieran paliado

sus sufrimientos mucho antes, sino que, con toda probabilidad, se hubieran podido aplicar otras medidas apropiadas para unas discopatías de larga evolución.

IV

1. Los daños consistentes en gastos generados al acudir a la medicina privada están acreditados a través de las facturas y documentación médica aportada y su necesidad suficientemente justificada por las razones antes expuestas, siendo admisible al respecto no sólo que acudiera a especialista privado para obtener diagnóstico de la enfermedad causante de sus dolores y limitaciones, dadas las circunstancias y su estado físico, sin remedio alguno hasta el momento, ni actuación diagnóstica adicional.

En este sentido, en la línea de constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), este Organismo, en Dictámenes emitidos al respecto, considera indemnizables los gastos derivados de la atención médica privada cuando los mismos se justifiquen por la falta de atención de los servicios sanitarios públicos o por error de diagnóstico (cfr. Dictamen 288/08, con referencia a STS de 8 de noviembre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de abril de 2003, o de la Audiencia Nacional, de 12 de abril de 2000), viniéndose a equiparar el error de diagnóstico con la inasistencia sanitaria.

En este sentido, se estima que, la normativa existente sobre asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, debe interpretarse, en su aplicación, de forma sistemática en relación con el deber de protección de la salud de los ciudadanos, que constitucionalmente incumbe a los poderes públicos. Para que el reembolso o indemnización de los gastos sea procedente no es preciso, por tanto, que esté en riesgo cierto e inminente la propia vida del paciente, bastando que exista la probabilidad razonable de un retraso en recibir la asistencia que pueda producir daños graves para la salud o aun la prolongación en el tiempo de sufrimientos intolerables.

Por otro lado, la gravedad de las consecuencias de un mal diagnóstico, especialmente entendible en determinados supuestos, como el presente, no hace exigible al paciente un comportamiento o conducta distinta, pues cuando se trata de enfermedades graves o causantes de dolores y limitaciones evidentes y considerables, además en aumento paulatino, el diagnóstico precoz o acertado y el consiguiente tratamiento adecuado pueden incidir determinantemente en el estado y

decisión subsiguiente del paciente, acudiendo a la medicina privada en estas condiciones, obteniendo el diagnóstico procedente y teniendo derecho, máxime a la vista de las circunstancias del caso, a una solución apropiada y rápida.

Por ello, el grave sufrimiento de la afectada, dilatado en exceso en el tiempo por falta de un diagnóstico correcto e insuficiente utilización de medios, implica, teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales mencionados, que los gastos derivados de la atención médica privada deban incluirse dentro del daño material indemnizable.

2. En cuanto al daño moral, el mismo consiste, como han manifestado de forma reiterada y constante tanto el Tribunal Supremo como este Consejo Consultivo, en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, que comporta impotencia, zozobra, ansiedad o angustia, constituyendo estados de ánimo permanentes de una cierta intensidad.

La realidad de este sufrimiento se estima que ha resultado demostrado suficientemente en el presente asunto, máxime, cuando la propia Administración estimó innecesarias las pruebas testificales propuestas por la interesada para probarlo, por considerar ciertos tales hechos, cumpliéndose con los requisitos anteriormente expuestos para entender existente el daño moral alegado.

3. En base a lo anteriormente expuesto, se considera que existe relación de causalidad entre el funcionamiento deficiente del servicio público, esencialmente por omisión, generándose error de diagnóstico parcial, asistencia inadecuada y pérdida de oportunidad curativa por no utilización de todos los medios posibles en la asistencia prestada, y el daño patrimonial sufrido por gastos médicos y daño moral, siendo plena la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria al derivarse tal daño de la actuación administrativa en exclusiva.

4. La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, es contraria a Derecho por las razones expuestas en los puntos anteriores de este Fundamento.

A la interesada le corresponde la totalidad de la indemnización solicitada por daños materiales, ascendente a 7.863,10 euros, considerándose que por los daños morales padecidos se le debe abonar igual cantidad, lo que supone una indemnización total de 15.726,20 euros. Esta cuantía se habrá de actualizar de conformidad con lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada siendo exigible responsabilidad administrativa en este caso por existir nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el daño sufrido por la interesada, en los términos del presente Dictamen, debiendo ser indemnizada según se expone en el Fundamento V.