



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 6 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de febrero de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 2/2017 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un Organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. Los reclamantes solicitan una indemnización que asciende a la cantidad de 90.000 euros. Esta última cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

Resulta igualmente aplicable el 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, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima, de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre.

II

1. (...), actuando en su propio nombre y en representación de su hijo menor de edad, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud en la asistencia sanitaria que le fue prestada a su esposo.

La reclamante alega, entre otros extremos, lo siguiente:

«PRIMERO.- (...), entre los meses de enero a abril de la presente anualidad 2012 compareció en reiteradas ocasiones a los Servicios de Urgencias de zona y del Hospital de GC. Dr. Negrín aquejando dolor de intensidad severa y carácter permanente en la espalda con irradiación a MM.II, pérdida de fuerza y sensibilidad, emitiéndose reiterado Juicio clínico de "Dorsalgia Mecánica" sin que se le efectuara prueba alguna tendente a constatar el diagnóstico.

SEGUNDO.- Ante la persistencia de la sintomatología la escasa respuesta de los servicios públicos sanitarios, en fecha 02.04.12 (...) acudió al Servicio de Traumatología de la Clínica (...) emitiéndose informe médico con la conclusión diagnóstica inicial siguiente "Mielopatía compresiva dorsal. Déficit neurológico agudo progresivo. Paresia miembro inferior derecho", indicándose la realización de RMN dorsal y lumbar urgente.

En fecha 03.04.12 se realiza a (...) la RMN referenciada, en el centro clínico referenciado, con resultado "lesión expansiva LSD, sugestiva de Ca Pancoast con extensión vertebral T3, adenopatías supraclaviculares. Cava permeable".

A resultas, se indica el traslado urgente de (...) al Hospital de GC. Dr. Negrín donde ingresa a cargo de Medicina Interna siendo tratado de forma inmediata por el Servicio de Oncología Radioterápica emitiéndose el Diagnóstico de "Neoplasia pulmonar apical LSD, tumor de Pancoast con estadiaje T4 N3 M1 Estadio IV".

TERCERO.- En fecha 09.01.2013 sobrevino el óbito de (...), teniendo por causa directa la patología precedentemente reseñada».

La reclamante sostiene que los hechos expuestos evidencian una inadecuada gestión de la sintomatología que presentaba el paciente en sus reiteradas visitas a los Servicios de Urgencias, por cuanto los servicios públicos sanitarios no adoptaron, en tiempo y forma, las medidas terapéuticas adecuadas a los efectos de establecer un

diagnóstico y pautar el tratamiento preciso, con la consiguiente prolongación innecesaria de su padecimiento físico y psicológico y de su entorno familiar.

En trámite de subsanación y mejora de su solicitud reclaman por los daños sufridos una indemnización que asciende a la cantidad de 90.000 euros.

2. En el presente procedimiento los reclamantes ostentan la condición de interesados, como viuda e hijo del fallecido, en cuanto titulares de un interés legítimo, puesto que alegan haber sufrido daños como consecuencia del funcionamiento incorrecto de un servicio público, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

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

3. El fallecimiento del paciente acaeció el 9 de enero de 2013, por lo que la reclamación, presentada el 3 de abril de 2013, no puede ser considerada extemporánea, al haberse presentado dentro del plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 LRJAP-LPAC.

4. 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.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un dictamen de fondo, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPRP. La demora producida no impide sin embargo la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.3.b) LRJAP-PAC.

En particular, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, tras su subsanación, mediante Resolución de la Secretaria del Servicio Canario de la Salud de 10 de mayo de 2013 (art. 6.2 RPAPRP), por la que asimismo se resolvió remitir la documentación obrante en el expediente a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (HUGCDN) a los efectos de continuar con su tramitación, de conformidad con la Resolución de 22 de abril de 2004, del Director del Servicio Canario de la Salud, por la que se delega en la Secretaría General de dicho Organismo la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud (B.O.C. n° 98, de 21 de mayo).

Por medio de esta Resolución se requiere además a la interesada para que en el plazo de 10 días indicase el domicilio en que pueden ser citadas las otras hijas del matrimonio, según consta en la copia del libro de familia aportada con la reclamación, a los efectos de comunicarles la existencia del procedimiento por si desean comparecer y formular alegaciones. No consta en el expediente que se hayan personado en el procedimiento.

En el procedimiento se han realizado asimismo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), constando en el expediente el informe del Coordinador del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, así como las historias clínicas obrantes en el correspondiente Centro de Salud y en citado Centro hospitalario. Se ha recabado el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones.

A los reclamantes se les ha otorgado trámite de audiencia (art. 11 RPAPRP), sin que presentaran alegaciones en el plazo conferido al efecto.

El procedimiento viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación formulada, que fue informada por los Servicios Jurídicos, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero, estimándola conforme a Derecho.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, los reclamantes consideran que los servicios públicos sanitarios no adoptaron, en tiempo y forma, las medidas terapéuticas adecuadas a los efectos de establecer un diagnóstico y pautar el

tratamiento preciso, con la consiguiente prolongación innecesaria del padecimiento físico del paciente.

La Propuesta de Resolución por su parte desestima la reclamación presentada, al no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad de la Administración, pues considera correcta la actuación médica dispensada al paciente, ya que se aplicaron los medios diagnósticos y asistenciales, así como los tratamientos necesarios e indicados para la clínica que presentaba en cada momento.

2. A los efectos de valorar la adecuación a Derecho de la desestimación de la reclamación que se propone, es preciso tener en cuenta los antecedentes que resultan relevantes, que constan en la historia clínica del paciente y que han sido condensados por el Servicio de Inspección y Prestaciones en su informe, al que nos remitimos.

La cuestión a dilucidar se centra pues, como ya se ha indicado, en determinar si la asistencia prestada al reclamante en las sucesivas ocasiones en las que acudió a los servicios sanitarios públicos entre el 13 de enero y el 1 de abril de 2012 fue correcta, con empleo de los medios adecuados para tratar de diagnosticar la enfermedad.

El informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, en cuanto a la enfermedad finalmente diagnosticada la paciente, tumor de Pancoast, refiere que se trata de un tumor de localización en ápice pulmonar, con extensión local hacia el plexo braquial inferior, cadena simpática cervical inferior y primeros cuerpos vertebrales y costilla, presenta como síntoma más frecuente el dolor de hombro y/o del brazo ipsilateral al tumor como consecuencia de la extensión local del tumor a la pleura parietal, plexo braquial inferior, cuerpos vertebrales y las tres primeras costillas. El dolor de hombro se puede irradiar hacia la axila y al borde cubital del brazo. Pero, además del dolor de hombro o brazo puede aparecer un síndrome de Horner asociado (ptosis palpebral, miosis, enoftalmos y en ocasiones anhidrosis facial, todos ellos ipsilaterales al tumor) por afectación del sistema simpático cervical y del ganglio cervical inferior.

En la historia clínica del paciente consta que el primer síntoma por el que acudió a los servicios sanitarios fue dorsalgia, sin que en ningún momento consultara, como refiere el Servicio de Inspección y Prestaciones, por presentar síntomas respiratorios que hicieran sospechar patología pulmonar, por lo que no manifestó síntomas relacionados con un típico Síndrome de Pancoast.

Asimismo, a juicio del Servicio de Inspección y Prestaciones, son destacables los importantes traumatismos en columna vertebral que figuran en los antecedentes del paciente sufridos en los años 2002, 2007 y 2010. Con ocasión del traumatismo lumbar del año 2010 fue seguido en la Unidad de Patología del Raquis hasta, al menos, junio de 2011 con diversos estudios radiológicos.

Por todo ello concluye el citado informe a este respecto que estos antecedentes acompañados del resultado de la exploración física favorecieron el diagnóstico de dorsalgia crónica en la visita, en fecha 13 de enero de 2012, al Servicio de Urgencias del HUGCDN.

Con posterioridad realiza varias demandas de asistencia sanitaria pero no es hasta aproximadamente 2 meses y medio desde la primera demanda de asistencia por cuadro de dorsalgia cuando los síntomas neurológicos que orientaron a la solicitud de RMN no debutaron, cuando el paciente el 2 de abril de 2012 acude al Servicio de Traumatología de la Clínica (...) con sintomatología neurológica que motivó la indicación de RMM. En este mismo sentido, consta en la historia clínica del HUGCDN el informe del Servicio de Oncología de fecha 2 de mayo de 2012, que expresamente indica que «hace aproximadamente 9 días comienza con déficit motor en MID y parestesias en hemicuerpo derecho (...). Hace 4 días pérdida de fuerza total en MID con imposibilidad para la deambulacion precisando sillas de ruedas» y, en fecha 9 de mayo de 2012, se recoge que «un domingo tuvo dolor intenso y pérdida de fuerza en MED, acudió a la Clínica (...) y le hicieron RMN mtX D3 con compresión». Estas anotaciones en la historia clínica permiten deducir al Servicio de Inspección que la sintomatología neurológica (déficits sensitivos y motores) se instaura de forma súbita y no estaba presente en las asistencias en el Servicio de Urgencias.

El relato de estos antecedentes evidencia que al paciente se le realizaron pues diversas pruebas diagnósticas en cada una de las consultas a las que acudió desde el 13 de enero hasta el 1 de abril de 2012, indicándose ya desde el 25 de enero, la práctica de una gammagrafía ósea, al objeto de descartar la presencia de metástasis u otras patologías distintas a la dorsalgia. Estas pruebas fueron acordes con la sintomatología presentada y referida por el paciente, quedando asimismo acreditado que los síntomas neurológicos que orientaron a la solicitud de RMN no debutaron hasta transcurrido un periodo de aproximadamente 2 meses y medio desde la primera demanda de asistencia por cuadro de dorsalgia, con posterioridad a las consultas a las que los reclamantes achacan una deficiente asistencia sanitaria.

Se pusieron, pues, a disposición del paciente, en contra de lo señalado por los reclamantes, los medios adecuados para tratar de diagnosticar la enfermedad padecida de acuerdo con los síntomas que presentaba en cada momento.

A estos efectos es preciso tener en cuenta que, como se recoge en reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y como obligadamente se repite en los Dictámenes de este Consejo Consultivo, el funcionamiento del servicio público de la sanidad se dirige a proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

De esta forma, la obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Por tanto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados insatisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo.

Por ello, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento de los servicios públicos sanitarios los ligados a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

De ahí que el criterio fundamental para establecer si los daños que se alegan han sido causados por la asistencia sanitaria pública y, por ende, son indemnizables estriba en si ésta se ha prestado conforme a la *lex artis ad hoc*, la cual se define como la actuación a la que deben ajustarse los profesionales de la salud, mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance. De esta forma, solo si el daño se ha producido por una mala

praxis profesional, entonces es antijurídico y se considera causado por el funcionamiento del servicio público de salud y en consecuencia surge para éste la obligación de repararlo.

Por último, y en relación precisamente con la práctica de pruebas diagnósticas, la jurisprudencia también ha señalado los servicios médicos sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin más indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas sin que los síntomas que se tengan exijan su realización (SSTS de 19 de abril de 2011, 24 de abril de 2012 y 17 julio de 2012, entre otras).

Aplicada esta doctrina al presente caso y por las razones que ya se han expuesto, la asistencia sanitaria prestada al paciente se ajusta a este criterio de la *lex artis*, pues se pusieron a su disposición todos los medios necesarios para tratar de alcanzar el diagnóstico de la enfermedad de acuerdo con la sintomatología presentada en cada momento.

Por otra parte, tampoco puede aplicarse en el presente caso la doctrina de la pérdida de oportunidad, no sólo porque como ya se ha señalado, se pusieron a disposición del paciente los medios adecuados, sino porque no se ha acreditado que la enfermedad hubiese evolucionado de forma más favorable de haberse diagnosticado con anterioridad. Por lo que se refiere a la pérdida de oportunidad, de acuerdo con reiterada jurisprudencia (SSTS de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, 4 y 12 de julio de 2007, 24 de noviembre de 2009, 23 de septiembre de 2010, 27 de septiembre de 2011, 2 de enero de 2012) la privación de expectativas en que consiste constituye un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias.

En el presente caso, en relación con la fatal enfermedad padecida por el paciente, informa el Servicio de Inspección y Prestaciones que si se considerara la dorsalgia por la que acudió el paciente a los Servicios de Urgencias como manifestación de la extensión vertebral del tumor, ello implica que cuando el paciente consulta la primera vez, en fecha 13 de enero de 2012, el tumor se encontraba en estadio T4 de la clasificación TNM: El tumor de Pancoast, por

definición, es por sí mismo un T3 (1) en dicha clasificación, y cuando hay afectación vertebral el estadio es T4, siendo esta afectación vertebral uno de los factores de mal pronóstico. Por lo que ese momento, posiblemente, no iba a variar la posterior postura conservadora.

Por todo ello, la Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación presentada se considera conforme a Derecho.

CONCLUSIÓN

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