



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 9 5 / 2 0 2 0

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 25 de noviembre de 2020.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución 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. 443/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado mediante oficio firmado el 21 de octubre de 2020 por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias (Registro de entrada en el Consejo Consultivo el 23 de octubre de 2020), es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS).

2. La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo es preceptiva por razón de la cuantía reclamada, que asciende a 100.000 euros, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. Es aplicable por la fecha de la reclamación (22 de marzo de 2018) la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC); la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), la cual reclama en su propio nombre, al haber sufrido daños personales por la presunta actuación negligente del Servicio Canario de la Salud (art. 4 LPACAP).

En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta el Servicio Canario de la Salud, como titular del Servicio Público Sanitario.

2. 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) LOSC, 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. A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos de este Servicio.

3. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación del art. 67 LPACAP, ya que se reclama por un retraso de diagnóstico (2013-2017), daño que no empieza a prescribir hasta que se tiene cabal conocimiento del daño y su alcance, el cual se produce aparentemente el 4 de julio de 2017, habiendo interpuesto reclamación el 21 de marzo de 2018.

Cabe hacer referencia a la doctrina contenida en el DCC 301/2020:

«Hemos de analizar si la acción de reclamar se ha ejercido dentro del plazo de un año que establecen los arts. 65 y 67 LPACAP, plazo que se ha de computar a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

A ello nos obligan los términos en los que se pronuncia la propia reclamación, que solicita una indemnización porque el SCS pudo haber realizado los estudios de urografía y escáner antes de la intervención, así como, no se prestó atención a la anemia que presentó su padre durante los años 2014 y 2015 y porque no se realizaron los estudios urográficos antes de la intervención que se llevó a cabo el 4 de enero de 2017.

El citado art. 67.1 LPACAP dispone lo siguiente: “Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

Como se reseñó al relatar los hechos, la interesada presenta el 12 de julio de 2018 reclamación patrimonial por unos hechos que se produjeron entre el año 2014 y enero de 2017.

A este respecto, es preciso recordar lo señalado por el Tribunal Supremo en la Sentencia -entre otras- de 18 de enero de 2008:

“(…) La acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ejercitarse, por exigencia de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 142 y 4.2, respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, en el plazo de un año computado a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ello es una consecuencia de la adaptación de la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil que ha de computarse, conforme al principio de la “actio nata” recogido en el artículo 1969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible. Por lo tanto, el “dies a quo” para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (Sentencia de 31 de octubre de 2000) o, en otros términos “aquel en que se objetivan las lesiones o los daños con el alcance definitivo” (STS de 14 de febrero de 2006)”.

Esa jurisprudencia consolida el criterio de que el plazo de prescripción no comienza a computarse, según el principio de la actio nata, sino a partir del momento en que la determinación de los daños es posible, y esta coyuntura solo se perfecciona cuando se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción (véase, en igual sentido, el Dictamen de este Consejo núm. 417/2013)».

III

La reclamante en su escrito inicial expone en esencia lo siguiente:

- Acude a Urgencias por dolor de espalda. Le inyectan medicación para el dolor y la remiten a casa.

- Ante la persistencia del dolor acude a su médico de Familia aportando el informe de urgencias. Tras examinar radiografía urgente, se realiza consulta virtual con Neumología.

- Pasados unos meses, el neumólogo la remite a Traumatología, de ahí a Neurocirugía y nueva remisión a Rehabilitación.

- Tras ser examinada, 10 meses después por el médico rehabilitador, se solicita RMN y el 1 de junio de 2015 se emite como diagnóstico: Espondiloartrosis y Discopatía dorsal y lumbar.

- Además se queja de fuertes dolores en la pierna izquierda, y se le dice que estos dolores están asociados al pinzamiento lumbar.

- Al ver que los dolores no ceden, continúa acudiendo a su médico de familia. Se solicita radiografía de rodilla, pero a ella lo que le duele más es el tobillo. Finalmente, se le realiza una ecografía donde se descubre que los dolores no son a consecuencia de un pinzamiento, sino por una Tendinosis calcificada del tendón de Aquiles.

Para llegar a ese diagnóstico tuvieron que pasar tres años, en los que los médicos le llegaron a decir que era un dolor somatizado.

- Hasta la fecha sigue sin tratamiento y su dolor ha empeorado debido a la negligente actuación de los profesionales puesto que han permitido que su estado se agravase sin realizar las pruebas oportunas en el momento preciso, dejando transcurrir más de tres años hasta llegar al diagnóstico.

La interesada reclama por el retraso diagnóstico que le ha provocado un empeoramiento irreversible de su estado de salud.

Cuantifica la indemnización en 100.000 euros.

IV

1. Constan practicadas en el procedimiento las siguientes actuaciones:

1.1. Se interpone el 21 de marzo de 2018 reclamación de responsabilidad patrimonial por importe de 100.000 euros

1.2. Con fecha 16 de abril de 2018 se resuelve la realización de actuaciones previas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 55 LPACAP. Para ello, se solicita

historia clínica de la interesada e informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), sobre la fecha de conocimiento del alcance del daño, para valorar una posible prescripción del derecho a reclamar.

El SIP emite informe el 24 de enero de 2019 e informe complementario el 4 de junio del mismo año, a la vista del cual se considera necesario entrar en el fondo del asunto

1.3. Por Resolución de 6 de junio de 2019 del Director del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada.

1.4. Por el Servicio de Inspección y Prestaciones se relata la siguiente sucesión cronológica de los hechos en su informe de 4 de junio:

- La primera vez que se tiene noticia del dolor lumbar de la paciente es el 19 de agosto de 2013, en la consulta de Atención Primaria.

- El 29 de marzo de 2014, la paciente de 39 años acude al Servicio de Urgencias del HUNSC. Luego de ser valorada, fue dada de Alta con el juicio diagnóstico de: Dorsalgia, de tres días de evolución -según se relata en Atención Primaria-, el 28 de marzo de 2014. Se realiza interconsulta con Neumología que indica Espirometría tras ver en radiografía imágenes de lobulación pulmonar (folio n.º 78).

- El 1 de abril de 2014, de nuevo es valorada por el Servicio de Urgencias del HUNSC y es dada de Alta con el juicio diagnóstico de: Dorsalgia (Zona costo dorsal derecha compatible con Lordosis/Escoliosis marcada y primera costilla esternoclavicular), - según se relata en Atención Primaria, el 4 de abril de 2014

- El 22 de abril de 2014, en interconsulta con Psicología clínica, se indica trastorno de estrés agudo por perturbación situacional (relación con su pareja).

- 1 de junio de 2015, el Servicio de Rehabilitación emite juicio diagnóstico de: Spondiloartrosis y discopatía dorsal, lumbar y radiculopatía.

- 3 de febrero de 2015 la RMN indicó: Escoliosis D6-D12: 11,3°. D12- L4: 10,8°, discreta discopatía lumbar sin compromiso mielo-radicular, pequeña dilatación epidural en D6.

- 24 de septiembre de 2015, la Electromiografía (EMG) de miembros inferiores (MMII) informó de: Radiculopatía lumbo-sacra L5-S1 bilateral de intensidad leve moderada, de evolución crónica, sin signos de denervación.

- El 29 de junio de 2016, la paciente es atendida y valorada en consulta externa del Servicio de Neurocirugía, sin hallazgos susceptibles de tratamiento quirúrgico. La paciente, de 42 años, relata que se inició el dolor de espalda tras cargar peso (su hijo de 4 años), cuando tenía 39 años y medio.

- El 11 de julio de 2017, la paciente es remitida al Servicio de Rehabilitación por presentar Tendinopatía calcificante del Tendón de Aquiles en pie izquierdo, aunque también se quejaba del pie derecho. El diagnóstico fue de: Radiculopatía L5-S1 bilateral, Fascitis plantar y tendinopatía calcificante de Tendón de Aquiles izquierdo, y Fascitis plantar derecha metatarsalgia. Se derivó a Fisioterapia en centro concertado.

1.5. Con fecha 7 de junio se admite a trámite el expediente de responsabilidad patrimonial que se notifica a la interesada el 15 de julio de 2019. En la misma fecha se propone a la misma la aportación de las pruebas que estime oportunas.

1.6. El 29 de julio de 2019 la interesada propone prueba documental, tanto la aportada inicialmente como la aportada con posterioridad tras recabar los informes pertinentes y el historial médico.

1.7. El 13 de agosto de 2019 se solicita a la interesada que concrete los testigos a los que hacía referencia su escrito de reclamación inicial y aporte pliego de preguntas. Se notifica a la misma el 23 de agosto de 2019.

1.8. Con fecha 25 de septiembre de 2020 y una vez finalizada la práctica de todas las testificales admitidas, se notifica a la interesada el trámite de audiencia, la cual aporta escrito de alegaciones el día 13 de octubre de 2020

1.9. Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, aprobado por Decreto 19/1997, de 7 de febrero, no se recaba informe a la Viceconsejería del Servicio Jurídico por tratarse de cuestiones que han sido informadas con anterioridad. (Informe de los Servicios Jurídicos de fecha 5 de diciembre de 2018 correspondiente al ERP n.º 169/17).

1.10. La Propuesta de Resolución formulada por la Ilma. Sra. Secretaria General del Servicio Canario de la Salud es de 19 de octubre de 2020.

2. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver que es de seis meses, transcurrido el cual la reclamación se entiende desestimada presuntamente, sin embargo, subsiste la obligación de la Administración de resolver expresamente (arts. 21 y 91.3 LPACAP).

V

1. La Propuesta de Resolución, a la vista del conjunto de pruebas practicadas en el expediente, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial basada en el retraso de diagnóstico (2013-2017), ya que realmente no cabe hablar de un diagnóstico definitivo de una dolencia única, pues se observa que la paciente presenta problemas osteomusculares desde 2013, siendo diagnosticada de varias patologías asociadas a este sistema (radiculopatía, espondiloartrosis, túnel carpiano, fascitis plantar, metatarsalgia, tendinopatía del tendón de Aquiles), problemas asociados a la obesidad. En definitiva, con el tiempo surgen nuevos diagnósticos que se suman a los anteriores, sin que podamos hablar de error de diagnóstico o de retraso en el diagnóstico de una patología única.

2. Se fundamenta la Propuesta de Resolución en las conclusiones del informe del SIP que a continuación se reproducen:

«1.- No queda resuelto por parte del señora reclamante, que la asistencia sanitaria dispensada fuera contraria a la lex artis, ni que se produjera quebranto de las reglas inherentes a la misma; y no se infiere, por ello, que hubiese mala praxis; antes bien, puede sostenerse que existen numerosos elementos de juicio en la historia clínica que acreditan una correcta asistencia y, por tanto, NO debe establecerse responsabilidad patrimonial ya que la existencia de ésta requiere de nexo causal -que entendemos no existe- entre la atención médica prestada y el resultado adverso supuesto; toda vez que para haber lugar a declarar la responsabilidad en la Administración Sanitaria, es indispensable que ésta se demuestre y pruebe por quién la pretende.

2.- Consideramos que el Servicio Público actuó en todo instante, conforme a la mejor práctica, a tenor de la evidencia médica actual, no siendo factible exigir a aquél una acción que supere la mejor praxis sanitaria existente, siendo ésta el resultado de aplicar conocimientos científicos actualizados.

3.- Por todo lo hasta ahora expuesto, el Servicio de Inspección Médica y Prestaciones, a la vista de la documentación recabada luego de analizada la reclamación y a la luz de los hechos advertidos, considera -por conclusión razonada- que no cabe estimar la actuación de los Servicios Asistenciales de la Administración Sanitaria como la causa del daño reclamado, toda vez que la asistencia prestada se ajustó a la lex artis ad hoc, valorando como correcta la actuación dispensada por aquéllos, y, por tanto, carente de antijuridicidad; no hallando nexo de causalidad -necesario para la pretensión reclamada-, ni proceder anormal alguno en el decurso del proceso asistencial de: Dolor de espalda.

4.- *Por consiguiente, no concurriendo los requisitos determinantes de responsabilidad, el Servicio de Inspección Médica estima: Inexistente la Responsabilidad Patrimonial en la Administración Sanitaria».*

3. La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración».

4. En el ámbito de la asistencia sanitaria curativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 afirma que *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».*

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (RC n.º 89/2008) *«que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere*

decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, por su parte, declara: *«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».*

Así, pues, no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

5. Trasladadas las precedentes consideraciones al supuesto objeto de este Dictamen, no ha quedado probado en el expediente que la actuación médica dispensada a la reclamante se haya apartado de la *«lex artis ad hoc»*. Y es a la reclamante, de entrada, a quien corresponde la carga de la prueba de la antijuridicidad de la actuación médica, el alcance y la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

Por el contrario, del expediente sí resulta acreditado que la asistencia sanitaria que le fue prestada para sus distintas dolencias se ajustó a una correcta praxis médica, y que sus dolencias se fueron tratando a medida en que se presentaban con arreglo a los medios que la ciencia médica tiene a su alcance. Queda constancia en el expediente administrativo por los distintos informes médicos que la paciente presenta problemas osteomusculares desde 2013, siendo diagnosticada de varias patologías (radiculopatía, espondiloartrosis, túnel carpiano, fascitis plantar,

metatarsalgia, tendinopatía del tendón de Aquiles), problemas asociados a la obesidad, sin que la reclamante haya alcanzado a acreditar la existencia de un error de diagnóstico o retraso en el diagnóstico definitivo de una dolencia única, tratándose además de varias patologías las que se manifiestan a lo largo del tiempo.

Por virtud de cuanto antecede, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen se considera ajustada a Derecho.