



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 17 de diciembre 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. 528/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por el Secretario General del Servicio Canario de la Salud (SCS), como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario. La solicitud de dictamen, de 27 de noviembre de 2020, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 30 de noviembre de 2020.

2. El reclamante solicita una indemnización de 90.361 euros; esta 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 con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Mediante 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, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa del interesado, pues los daños sufridos por el funcionamiento del servicio público sanitario se entienden irrogados en su persona [art. 4.1.a) LPACAP].

5. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad, ya que la acción se ha ejercitado por el interesado en el plazo legalmente previsto en el art. 67 LPACAP. Así, la reclamación se ha presentado el 22 de diciembre de 2017, en relación con un daño cuyas secuelas fueron conocidas por el reclamante tras su visita por primera vez a la Unidad de Lesionados Medulares del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil (CHUIMI) el 29 de marzo de 2017, dando inicio, a partir de ese momento, a la rehabilitación.

7. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver lo que determina que la reclamación de responsabilidad patrimonial se entienda presuntamente desestimada [arts. 21.2, art 24.3.b) y 91.3 LPACAP]; sin embargo, aún expirado el plazo máximo para resolver, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP) sin vinculación al sentido del silencio administrativo producido, sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que la demora pueda comportar.

8. En el análisis a efectuar de la propuesta de resolución remitida, resultan de aplicación, además de la mencionada LPACAP; las Leyes 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, 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 Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

II

1. El reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada. Concretamente, alega en su escrito de reclamación:

«(...) PRIMERO.- El día 02-09-2015 acudo a la consulta con mi Médico de cabecera con ciertas dolencias, a lo cual mi Doctora solicita al Servicio de Traumatología de Telde con carácter PREFERENTE valoración por posible cervicalgia y Rx Aplastamiento disco C6-C7, posible Hernia.

(...)

SEGUNDO.- El día 16-02-2016 acudo a la cita con el Traumatólogo y no teniendo muy claro las pruebas de Rx, solicita una Resonancia Magnética, que, a pesar de mi grave estado de salud, la solicitud la hace de carácter Ordinario.

(...)

TERCERO.- El día 10-03-2016 informo a mi Médico de cabecera que, en la cita con el Traumatólogo, este me remite a Rehabilitación y me solicita una Resonancia Magnética.

(...)

CUARTO.- El día 17-03-2016 recibo alta al tratamiento de Rehabilitación recomendada por el Traumatólogo.

(...)

QUINTO.- El día 14-12-2016, acudo nuevamente a mi Médico de cabecera, presentando gran dificultad en mi marcha, siendo remitido al Hospital Insular a petición de mi Esposa y con sugerencia por la misma Doctora que fuéramos al día siguiente por la mañana, también pueden comprobar en el documento que se lleva al Hospital que pone a bolígrafo (solicitado por un familiar).

(...)

SEXTO.- El día 15-12-2016 acudo al Servicio de Urgencias del Hospital Insular, donde después de ser atendido soy derivado nuevamente a mi Médico de cabecera y que sea visto por un Neurólogo de mi zona.

(...)

SÉPTIMO.- El día 15-12-2016 acudo nuevamente a mi Médico de cabecera, con el Informe de Urgencia del Hospital Insular, donde se solicita que sea remitido al Servicio de Neurología de mi zona, a lo cual mi Doctora me remite de carácter PREFERENTE.

(...)

OCTAVO.- El día 19 de diciembre de 2016 y debido a mi empeoramiento, solicito y tramito un impreso de Reclamación en el Hospital Insular, y cito textualmente lo siguiente ya que en fotocopia sale poco legible: "Debido a mi estado de salud y esperando ser llamado para una resonancia desde el mes de febrero empeorando desde entonces. Solicito la realización de esta prueba de la forma más rápida posible.

Asimismo, quiero hacerles constar el estado de incertidumbre que me genera esta situación de espera, ya que no existe certeza de mi problema de salud y por consiguiente no se me aplica el tratamiento médico adecuado por lo que mi problema se puede ver agravado.

Solicito admitir este escrito y formulada esta reclamación".

(...)

NOVENO.- El día 23-12-2016 soy informado valoración inicial con mi Neurólogo, remitida Hospital a través de mi Médico de cabecera de carácter PREFERENTE, la tenía prevista para el día 3 de abril de 2017.

(...)

DÉCIMO.-El día 16-01-2017 nuevamente acudo al Servicio de Urgencias del Hospital Insular, por mi grave empeoramiento progresivo, donde soy tratado con medicamento y enviado nuevamente a mi domicilio.

(...)

DÉCIMO PRIMERO.- El día 18-01-2017, solicito al Policlínico de Telde, que me sea realizada la Resonancia de forma Urgente para determinar la enfermedad que padezco y obteniendo como conclusión "ENFERMEDAD REGENERATIVA DISCOVERTEBRAL CON MIELOPATÍA CERVICAL". (Sic, debe decir "enfermedad degenerativa (...)", según el informe aportado - pág. 21 expediente-).

(...)

DÉCIMO SEGUNDO.- El día 20-01-2017 acudo al Servicio de Neurocirugía, Unidad de la Columna de (...), donde soy atendido por el Dr. (...), quien observa en la Resonancia Magnética: MIELOPATÍA CERVICAL ESPONDILÓTICA.

(...)

DÉCIMO TERCERO.-El día 25-01-2017 se realizan pruebas preoperatorias en la misma (...)

(...)

DÉCIMO CUARTO.-El día 26-01-2017 me realizo otra prueba, en este caso de Anestesia.

(...)

DÉCIMO QUINTO.- El día 30-01-2017 tramito solicitud de contrato de Crédito Préstamo mercantil en (...) para sufragar los gastos de la cirugía.

(...)

DÉCIMO SEXTO.- El día 01-02-2017 soy operado en (...)

(...)

DÉCIMO SÉPTIMO .- El día 02-02-2017 adquiero collarín adaptado acorde a mi cirugía.

(...)

DÉCIMO OCTAVO.-El día 03-02-2017 recibo el alta y acude mi esposa a mi Médico de cabecera, para recibir tratamiento por la cirugía.

(...)

DÉCIMO NOVENO.- El día 13-02-2017 tramito una reclamación a mi Médico de cabecera.

(...)

VIGÉSIMO.- El día 20-02-2017 recibo contestación de la reclamación según Registro 33515, donde soy informado que me encuentro en lista de espera.

(...)

VIGÉSIMO PRIMERO.- El día 02-03-2017 Recibo respuesta a la reclamación interpuesta a mi Médico de cabecera.

(...)

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El día 29-03-2017 soy visto por primera vez en la Unidad de Lesionados Medulares y remitido a rehabilitación hasta próxima consulta el día 8 de noviembre de 2017.

(...)

VIGÉSIMO TERCERO.- En abril de 2017 inicio Tratamiento de Rehabilitación hasta la fecha del presente escrito.

(...)

VIGÉSIMO CUARTO.- El día 19-05-2017 solicito un Informe Médico en (...), donde el Dr.(...) se percata de un GRAVISIMO error de escritura en el diagnóstico de la resonancia ya que una MIELOPATÍA CERVICAL ES CLARAMENTE UN COMPROMISO NEUROLÓGICO.

(...)

VIGÉSIMO QUINTO. - En el mes de junio soy informado vía telefónica de la cita para la realización de la Resonancia, y mi esposa informa que ya he sido operado, a lo cual la operadora le dice que si ya ha sido operado la cita queda cancelada. Sin preguntar más.

VIGÉSIMO SEXTO. - Toda esta cuestión ha generado que tenga que estar en silla de ruedas, con asistencia personal todo el día a los efectos de ayudarme en las cosas más elementales, afectándome todo ello a mi estado Psicológico (...).

Por todo ello, reclama una indemnización que cuantifica en 90.361 euros.

2. En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan las siguientes actuaciones, tras la presentación de la reclamación inicial el 22 de diciembre de 2017:

2.1. Mediante Resolución de 15 de febrero de 2018, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación presentada, solicitando, a través del Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud (en adelante, SIP), el informe de los Servicios cuyo funcionamiento hubiera ocasionado la presunta lesión indemnizable.

2.2. El informe del SIP se emite con fecha 2 de abril de 2019 y a él se acompaña copia de la historia clínica del paciente obrante en el Servicio Canario de la Salud e informes preceptivos [Atención Primaria, Servicio de Urgencias, de Traumatología, de Neurología, de Cirugía Vascul y Angiología, de Rehabilitación, todos del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil -CHUIMI-, así como historia clínica del Hospital (...)].

2.3. Con fecha 26 de abril de 2019, el órgano instructor dicta acuerdo probatorio, admitiendo a trámite la documental propuesta por el interesado. Sin embargo, rechaza la práctica de la prueba testifical solicitada por improcedente al considerar que lo que se reclama es el funcionamiento del SCS y no la asistencia prestada con carácter privado. Asimismo, también rechaza la solicitud del informe pericial del SCS en relación con las secuelas. Por lo demás, la Administración propone como prueba la documentación médica obrante en el expediente.

2.4. Concluida la instrucción del procedimiento, se acordó el preceptivo trámite de vista y audiencia del expediente, que fue notificado al interesado; quien presenta escrito de alegaciones ratificando la reclamación inicial presentada.

2.5. Con fecha de 13 de septiembre de 2019 se emite, por la Asesoría Jurídica Departamental informe preceptivo, considerando conforme a derecho la propuesta de resolución desestimatoria.

2.6. En fecha 20 de septiembre de 2019, se elabora la Propuesta de Resolución por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, desestimando la reclamación.

2.7. Con fecha de 7 de noviembre de 2019, por este Consejo Consultivo se emite el Dictamen 387/2019, en el que se concluye que la Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial no es conforme a derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de emitir informe complementario del SIP y del servicio de Neurología del CHUIMI, para que se pronuncie sobre la oportunidad de haber realizado la RMN con anterioridad, a la vista de la evolución de la enfermedad y del empeoramiento del paciente e información precisa sobre la enfermedad de mielopatía que padece el reclamante, y que se lleve a cabo la práctica de la testifical propuesta por el interesado -indebidamente rechazada por la instrucción del procedimiento-, para determinar si la enfermedad degenerativa del paciente implica compromiso neurológico.

2.8. Con fecha de 26 de noviembre de 2019 por la instrucción del procedimiento se solicita al Servicio de Inspección y Prestaciones, informe complementario.

2.9. Con fecha de 29 de noviembre de 2019, se retrotrae el procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de practicar las actuaciones indicadas por el Consejo Consultivo de Canarias.

2.10. Con fecha de 18 de diciembre de 2019 se realiza testifical del Dr. (...), que declara que si la RMN afirma que el paciente tiene mielopatía cervical implica que el paciente tiene compromiso neurológico.

2.11. Con fecha de 2 de noviembre de 2020, por el Servicio de Inspección y Prestaciones se emite informe complementario, apreciándose una pérdida de oportunidad en el tratamiento de la patología del reclamante, por retraso en la realización de la RMN a la vista de la evolución de la enfermedad de mielopatía cervical espondilótica del paciente (en especial tras el agravamiento producido en diciembre de 2016), presentando el paciente la médula espinal severamente comprimida, provocando la no ejecución en el momento oportuno de esta prueba, la imposibilidad de una intervención quirúrgica precoz.

EL SIP no reconoce el derecho al reintegro de los gastos de la intervención quirúrgica en la sanidad privada por no aportar el interesado la factura de dicha intervención, y por entender que el reclamante, una vez que conoce el resultado de

la RMN el 18 de enero de 2017 practicada en la sanidad privada, debió acudir a los servicios propios del SCS para recibir el tratamiento adecuado, mediante su derivación urgente al servicio de NCR a fin de programar la intervención quirúrgica con carácter urgente. Al no hacerlo así, no se cumple la normativa que regula el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria recibida fuera del ámbito del Sistema Nacional de Salud. Se propone una indemnización por pérdida de oportunidad por el retraso en la realización de la prueba de RMN de 53.924,69 euros.

2.12. Se remite informe del Jefe de Servicio de Neurología del CHUIMI de fecha 31 de agosto de 2020, que señala que la realización del estudio de RMN de columna cervical hubiese aclarado el diagnóstico con anterioridad y que en la mielopatía cervical el diagnóstico y tratamiento precoz es vital para evitar las secuelas. Señala, asimismo, que el tiempo de espera está en relación con la intensidad y gravedad de los síntomas. En mielopatías incipientes se puede considerar la realización de los estudios en uno o dos meses tras la sospecha diagnóstica, para mielopatías severas debe realizarse con carácter preferente o urgente y tomar decisiones quirúrgicas con la mayor celeridad posible.

2.13. La Propuesta de Resolución del Secretario General del SCS estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...), reconociendo el derecho a ser indemnizado en la cantidad de 53.924,69 euros, por pérdida de oportunidad derivada del retraso en la realización de la RMN y consiguiente demora en la práctica de la intervención quirúrgica para abordar la mielopatía cervical severa que padecía.

III

1. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por el interesado por pérdida de oportunidad en el tratamiento de la patología del reclamante, derivada del retraso en la realización de la RMN a la vista de la evolución de la enfermedad de mielopatía cervical espondilótica del paciente (en especial tras el agravamiento producido en diciembre de 2016), teniendo el paciente la médula espinal severamente comprimida, provocando la no ejecución en el momento oportuno de esta prueba, la imposibilidad de una intervención quirúrgica precoz.

No se reconoce el derecho al reintegro de los gastos de la intervención quirúrgica en la sanidad privada por no aportar el interesado la factura y por entender que una vez que el reclamante conoce el resultado de la RMN el 18 de enero de 2017

practicada en la sanidad privada, debió acudir a los servicios propios del SCS para recibir el tratamiento adecuado, mediante su derivación urgente al servicio de NCR a fin de programar la intervención quirúrgica con carácter urgente. Al no hacerlo así, no se cumple la normativa que regula el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria recibida fuera del ámbito del Sistema Nacional de Salud. Se propone una indemnización por pérdida de oportunidad por el retraso en la realización de la prueba de RMN de 53.924,69 euros.

2. Este Consejo en su Dictamen 387/2019 dictaminó que debía retrotraerse las actuaciones al objeto de que la Administración sanitaria se pronunciara sobre las cuestiones planteadas, emitiendo informe complementario por el SIP y por el Servicio de Neurología del CHUIMI, debiendo practicar la prueba testifical propuesta por el interesado -indebidamente rechazada por la instructora del procedimiento- a efectos de determinar si la mielopatía cervical implica compromiso neurológico. Y, a continuación, proseguir con la tramitación oportuna del procedimiento administrativo; remitiendo, en última instancia, a este Consejo Consultivo una nueva solicitud de dictamen respecto a la nueva Propuesta de Resolución que se formule, a la vista de las pruebas practicadas e informes complementarios a los que nos hemos referido con anterioridad.

3. Examinado el expediente administrativo se comprueba que, tras la práctica de la prueba testifical, y la emisión de los informes complementarios del SIP y del Servicio de Neurología del CHUIMI, no se concedió trámite de audiencia al interesado.

El art. 82 LPACAP señala que, instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes.

La audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento.

Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

Tal omisión del trámite de audiencia, en este caso, es un defecto de forma que produce indefensión, por cuanto el interesado no ha podido realizar alegaciones frente a la testifical practicada, ni los informes complementarios emitidos por el SIP y el Servicio de Neurología. La consecuencia de la omisión del trámite de audiencia es irremediablemente la nulidad de lo actuado. Debe tenerse en cuenta que la propuesta de resolución es parcialmente estimatoria de las pretensiones del interesado.

Como hemos dicho en distintas ocasiones (ver por todos los Dictámenes 202/2019, de 23 de mayo; 158/2019, de 29 de abril, y 454/2019, de 5 de diciembre), en palabras del Tribunal Supremo, «(...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite.

De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses» (STS de 11 de noviembre de 2003)».

En consecuencia, la Propuesta de Resolución, por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...) frente al SCS, no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones para conceder trámite de audiencia al interesado en momento previo a la Propuesta de Resolución, la cual deberá dar respuesta a las alegaciones que, en su caso, plantee el interesado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual del interesado, no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer el procedimiento en los términos indicados en el Fundamento III.3 de este Dictamen.