



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 3 7 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de mayo 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 Ó.J.C., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 276/2011 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de fecha 11 de abril de 2011, el Sr. Consejero de Sanidad interesa de este Consejo preceptivo Dictamen por el procedimiento ordinario, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.B.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2003, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (RPAPRP)] respecto de la Propuesta de Resolución (PR) del procedimiento de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, incoado a instancia del reclamante por los daños y perjuicios presuntamente causados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada. No se concreta la cuantía indemnizatoria, salvo en lo referido a los gastos realizados por el reclamante en centro privado, ascendentes a 981,00 euros,

2. La reclamación ha sido interpuesta por la persona perjudicada, por la que entiende una negligente actuación sanitaria, de lo que deriva su legitimación para instar el procedimiento [art. 31.1.a) de la LRJAP-PAC].

En relación al plazo de interposición de la reclamación, se significa que ésta fue presentada el 16 de mayo de 2008, con RE de 21 de mayo siguiente, por lo que ha sido

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

interpuesta en el plazo de un año legalmente dispuesto (art. 4.2, segundo párrafo del RPAPRP), ya que los hechos de los que aquélla trae causa se remontan a los meses de septiembre y octubre de 2007.

3. Respecto de la competencia de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento, ésta se desprende de lo dispuesto en el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de organización de los departamentos de la Administración Autonómica de Canarias, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto Territorial 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, en relación 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 del Servicio la competencia para la incoación o admisión a trámite de todos los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

4. Mediante escrito de 12 de junio de 2008, se requirió al reclamante para subsanación y mejora de su solicitud en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que se le podría tener por desistida en caso de no atender, en plazo, el requerimiento. Evacuando el reclamante el trámite conferido el 12 de junio de 2008.

5. La reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, de conformidad con lo que dispone el art. 6.2 del RPAPRP, el 18 de julio de 2008. En las actuaciones consta la realización de los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución [art. 7 RPAPRP]. Recabándose los preceptivos informes y practicándose las pruebas que se consideraron procedentes, previa apertura del periodo probatorio en fecha 17 de junio de 2010. Así mismo, consta en las actuaciones la verificación de los trámites de audiencia y alegaciones (23 de julio de 2010 y 2 de agosto de 2010).

6. El procedimiento viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, de fecha 11 de abril de 2011, que está precedida de un primer borrador de 9 de diciembre de 2011 -ambas desestimatorias de la reclamación formulada-. Obra en el expediente que la Propuesta de Resolución fue informada, favorablemente, por los Servicios Jurídicos, el 8 de abril de 2011, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero.

De lo actuado no se desprenden irregularidades procedimentales que impidan un pronunciamiento sobre el fondo.

II

Los hechos más relevantes que se desprenden de las actuaciones, son los siguientes:

1. El 3 de septiembre de 2007, a las 09:45 horas, el paciente acude al servicio de urgencias del HUC, tras haber sufrido una caída accidental en motocicleta. Tras la realización de una radiografía de la muñeca derecha, única prueba realizada, fue diagnosticado de "Traumatismo en muñeca", siendo remitido a su médico de cabecera. La exploración no objetivaba deformidad ni hematoma y en la radiografía no se observaban líneas de fractura.

El 13 de septiembre siguiente, el médico de cabecera le deriva al Servicio de Traumatología de su zona, con solicitud urgente de "estudio RX de muñeca y escafoide", para descartar patología ósea, al persistir el dolor desde hacía unas dos semanas.

Cuatro días después, el 17 de septiembre, el mismo médico de familia, del centro del Centro de Salud de Tacoronte, solicita valoración por Traumatología, al persistir los dolores, haciendo referencia a "Motivo: RX de muñeca con imagen sospechosa de posible fisura en escafoides". Folio 132.

El 18 de septiembre, fue atendido con carácter preferente en la consulta de traumatología, tras habersele realizado el día anterior una segunda radiografía, no una Gammagrafía, sin que se evidenciaran otros síntomas que los ya detectados inicialmente.

El 2 de octubre de 2007, ante la persistencia de los dolores, el paciente acude de nuevo a su médico de cabecera, quien le receta antiinflamatorios, folio 133, haciendo constar que "fue valorado por COT de zona no apreciando Fx de muñeca ni escafoides D sobre RX y dice mantener molestias a la prono-supinación", con "ausencia de signos flogísticos".

2. El 15 de octubre siguiente, ante la persistencia del dolor, decide voluntariamente acudir a un Traumatólogo privado, donde mediante un Estudio Funcional del Carpo y una Gammagrafía se confirma fractura de trazo capilar de escafoides, siendo tratado con yeso cerrado. Así consta en el Informe clínico privado de la "Unidad de Cirugía de la Mano y Microcirugía", fechado al 23 de octubre de 2007, folio 109. En el citado informe se hace constar también que "El paciente era conocido de nuestra unidad por una inestabilidad Medio carpiana desde marzo de

2006, que fue tratada de forma conservadora" (...) "a exploración específica pone de manifiesto que a la palpación de la Apófisis Estiloide justo en su articulación con el cuerpo del Escafoides es tremendamente positiva, el Polo Proximal es negativo y el Tubérculo es muy positivo en el Escafoide al realizar la maniobra de Watson".

3. El paciente debía acudir a valoración al referido centro privado, 4 semanas después de la aplicación del tratamiento con yeso cerrado, folio 109. No consta que lo hay hecho, tampoco constan la secuelas que en su caso se hayan manifestado.

III

1. Considera el interesado que de la actuación de los Servicios Médicos dependientes del Servicio Canario de la Salud dimana responsabilidad patrimonial, ya que hubo una evidente mala praxis, al no utilizar todos los medios a su alcance, lo que provocó la falta de diagnóstico certero y temprano. La falta de prueba diagnóstica, la gammagrafía, impidió el diagnóstico certero, según estima el reclamante, quien entiende que la lesión existía y no fue diagnosticada por los servicios públicos de sanidad, a pesar de las sospechas expresadas por el médico de familia del Centro de Salud, folio 132, quien ya en fecha de 17 de septiembre de 2007, manifestó la posibilidad de fisura de escafoides.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se recabaron, y obran en el expediente al efecto instruido, la Historia Clínica del HUC y del Centro de Salud de Tacoronte, así como del C., S.L., Unidad de Cirugía de la Mano y Microcirugía, y también los informes del Servicio de Traumatología y del Coordinador del Servicio de Urgencias del HUC., así como los informes del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia, y el informe clínico del Dr. R.S.R., del centro privado ya citado.

3. La Propuesta de Resolución, con base en la historia clínica y a los demás medios de prueba, documental, e informes, obrantes en el expediente, desestima la reclamación que da inicio al presente procedimiento, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para que proceda reconocer el derecho a la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, al no concurrir una relación de causalidad directa entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público de salud, sin que se pueda achacar a los facultativos una mala práctica, un mal hacer o una infracción de la *Lex artis ad hoc*, negando la denunciada falta de utilización de medios disponibles.

4. Es sabido que la responsabilidad de las Administraciones públicas tiene su base no sólo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución Española, sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la misma, al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; y en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

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

b) 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 e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

A lo anterior debe añadirse el criterio interpretativo de la institución de la responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, incorporado al art. 141.1 de la citada Ley, por la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), según el cual, «sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Asimismo, a los fines del art. 106.2 de la C.E. la jurisprudencia (SSTSS de 5 de junio de 1989 [RJ 1989, 4338] y 22 de marzo de 1995 [RJ 1995, 1986]), ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

Tampoco cabe olvidar que, en relación con dicha responsabilidad patrimonial, es jurisprudencia consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo [RJ 1993, 6375], 18 de octubre [RJ 1993, 7498], 27 de noviembre [RJ 1993, 8945] y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 9962], 13 de marzo [RJ 1999, 3151] y 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 7256]), aunque, como ha declarado el TS, también en reiteradísimas ocasiones, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Como dice literalmente el TS, (STS, Sala Tercera, de 7 de marzo de 2007, RJ/2007/953), además de estas consideraciones genéricas en relación a los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración, deviene especialmente relevante hacer mención a lo que es, también, una reiteradísima jurisprudencia del TS en relación a la responsabilidad de la Administración sanitaria, a cuyo fin y por todas citaremos la Sentencia de 16 de marzo de 2005 (Rec.3149/2001) (RJ 2005, 5739) donde «a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente».

5. No consta en el expediente información que permita determinar si los antecedentes de inestabilidad Medio carpiana, desde marzo de 2006, pudieron influir en la lesión padecida, o en su agravamiento, o, lo que es más importante, si dificultaba el diagnóstico. Tampoco consta que el reclamante haya facilitado información sobre dichos antecedentes en ninguna de las visitas que realizó a los

centros públicos dependientes del Servicio Canario de la Salud, ni la razón de esta omisión.

No obstante lo anterior, atendiendo a la citada Jurisprudencia, y normas de aplicación, efectivamente, de lo hasta ahora actuado se deduce que procede avalar parcialmente la pretensión indemnizatoria instada por el reclamante, pues cabe aquí inferir una infracción de la *Lex artis ad hoc*, y una negligente actuación médica, pues pese a lo afirmado en el informe de la Inspección Médica, que, curiosamente, guarda silencio sobre una cuestión elemental de este procedimiento: qué razón justificó que no se hubiese realizado la prueba de gammagrafía el 18 de septiembre para descartar las sospechas (desafortunadamente fundadas) del médico de familia del centro de salud de Tacoronte que apuntaban expresamente una posible lesión ósea en carpo derecho. Téngase en cuenta que habían transcurrido ya 15 días desde la primera radiografía, realizada en la primera visita al servicio de urgencias, el 3 de septiembre, si bien consta en las actuaciones la realización de una segunda prueba de Rx simple, el día 17 de septiembre.

El informe del servicio de inspección expresa que: "(...) el escafoides es un hueso pequeño que se encuentra superpuesto con los otros huesos del carpo y que por ello, es frecuente que la línea de fractura, si no es muy manifiesta pueda pasar desapercibida, con el peligro de no ser diagnosticada. Esto obliga en muchas ocasiones a repetir varias proyecciones radiográficas (...) y más de una vez a repetir nuevas radiografías al cabo de una o dos semanas (...)". El punto reclamado referente al retraso en la utilización de los medios diagnósticos apropiados para un correcto diagnóstico debe rechazarse por cuanto fue estudiado radiológicamente desde un principio y a las dos semanas sin evidencia de lesión. Consecuentemente no requería la realización de otros medios diagnósticos".

6. Resulta evidente que persistiendo los dolores y ante la expresada sospecha del médico de familia de que se tratase de una lesión ósea en el carpo derecho, debieron realizarse, por el servicio de traumatología, otras pruebas diagnósticas, como así se realizaron en la consulta privada días después, objetivándose las lesiones de las que traen causa las presentes actuaciones. Debe por tanto responder la Administración por el importe de los gastos sufragados por el reclamante, que concreta en la cantidad de 981,00 euros, cuya realidad y efectividad han quedado acreditadas con la documental aportada por el reclamante, sin que la Administración haya objetado nada respecto a las mismas.

Ello no obstante, debe a continuación manifestarse que ni en el escrito inicial, ni en el de mejora de la solicitud, ni en el de alegaciones, se deriva qué concretos daños antijurídicos se causaron al reclamante, aparte de lo dicho en el párrafo anterior. Se desconoce qué efectivos daños antijurídicos ha sufrido el reclamante, no se ha acreditado mínimamente mediante la prueba practicada a lo largo de la tramitación del expediente que se haya producido agravamiento de las lesiones por el retraso en el diagnóstico certero. Ni constan los días que, en su caso, estuvo de baja, ni las secuelas que hipotéticamente pudieran haberse derivado de la actuación de los servicios públicos de sanidad.

Así, y a excepción de los perjuicios económicos ya constatados anteriormente, consistentes en el abono de la cantidad de 981,00 euros, no se ha alcanzado a trasladar a este procedimiento la indicada convicción sobre otros hipotéticos daños y perjuicios imputables a la Administración sanitaria, ni al plantear su solicitud y promover en su consecuencia la incoación de estas actuaciones; ni tampoco después en el curso del trámite probatorio asimismo realizado en el marco de este procedimiento, ni en el de alegaciones, sin que se considere aquí necesario recordar que en Derecho incumbe la carga de la prueba a quien alega la existencia de un derecho. Más allá de la actividad instructora, así, pues, corresponde al reclamante la carga de trasladar al procedimiento administrativo la convicción plena sobre la efectividad de los derechos que pretende hacer valer en el curso de este procedimiento.

7. Por consiguiente, y atención a todo lo anterior, cabe apreciar la existencia de unos perjuicios económicos causados al reclamante por el actuar de la Administración contra la que se reclama, quien tuvo que afrontar a su costa los gastos derivados de la realización de la prueba diagnóstica adecuada, y tras la cual se objetivó certeramente la lesión ósea en el carpo derecho que venía padeciendo.

Conviene aquí insistir en recordar que, tratándose de responsabilidad patrimonial derivada de servicios médicos, el elemento de culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo producido. Por consiguiente, para que exista responsabilidad de la Administración deviene imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico toda vez que si éste no se produce, no se genera responsabilidad. Así, los perjuicios económicos causados, en el presente caso, parecen ser atribuibles a la actuación médica de aquélla dependiente, por las razones ya expuestas, sin que deba ésta responder por otros daños que no han sido

alegados o que, habiéndolo sido, no han resultado probados en el presente procedimiento.

Por todo ello, sólo cabe concluir que la propuesta de propuesta de Resolución no es acertada al proponer la desestimación íntegra de la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, al concurrir, en el presente caso, los supuestos que dan lugar al nacimiento de la misma, aunque sólo y exclusivamente en lo referido a la indemnización de los gastos derivados de la realización de la prueba diagnóstica en el centro privado, ascendente a 981,00 euros, cantidad que se ha de actualizar conforme a lo dispuesto en las previsiones legales que le son de aplicación, y tantas veces invocadas por este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de resolución, de carácter desestimatorio, sometida a preceptivo Dictamen no es conforme a Derecho, en los términos del Fundamento III.7.