



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 9 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de marzo de 2016.

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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 56/2016 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, Organismo autónomo de la Comunidad Autónoma.

2. El reclamante solicita una indemnización que asciende a la cantidad de 19.315,60 euros. Esta última cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Consejera 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 (LCCC), 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).

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

II

1. (...), actuando en nombre y representación de (...), solicita una indemnización por los daños supuestamente causados a este por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud en la asistencia sanitaria que le fue prestada.

En el escrito inicial se alega, entre otros extremos, lo siguiente:

- El 30 de agosto de 2012, acudió al Centro de Atención Primaria de San Isidro, por un cuadro de ansiedad y depresión, que fue tratado con *Lorazepam*.

- El 22 de septiembre de 2012, fue remitido en ambulancia al Servicio de Urgencias de (...), tras sufrir cuadro de hipertensión generalizada acompañada de desvanecimiento, mordedura de lengua, vómito y posterior dolor intenso en ambos miembros superiores. Ese mismo día se acuerda su traslado al Hospital Universitario de Ntra. Sra. de Candelaria (HUNSC), donde ingresa el mismo día.

Refiere que el tratamiento con *Lorazepam* fue suspendido dos días antes de sufrir este cuadro.

- Tras exploración física y pruebas en el HUNSC, se emite juicio diagnóstico de crisis convulsiva generalizada. No nuevas molestias y mejoría de dolor en miembros superiores.

- Tras alta hospitalaria, sigue siendo atendido por la ansiedad generalizada que presenta, a pesar de continuar con pérdida de fuerza en ambos miembros superiores.

- El 3 de noviembre, es atendido en el Servicio de Urgencias de (...), donde se hace constar que desde hace un mes y medio presenta pérdida de fuerza en ambos miembros superiores y que niega otra sintomatología.

Se le diagnostica cervicalgia y se le pauta poner bolsas tibias en la región cervical cada ocho horas y relajantes musculares. Se le indica seguir control por su médico de cabecera y enviar al especialista de zona.

- El 8 de noviembre de 2012, acude al centro neurológico (...), siendo el motivo de su consulta una crisis convulsiva y problemas de movilidad en miembros superiores. Aporta al facultativo TC cerebral realizado en el HUNSC, sin hallazgos significativos, y Rx de tórax donde se aprecia luxación de hombro izquierdo, probable fractura-avulsión en cabeza de húmero derecho.

Se emite como juicio diagnóstico crisis convulsiva generalizada única en el contexto de privación por benzodiacepinas, luxación hombro izquierdo y probable fractura-luxación en cabeza de húmero derecho.

- Posteriormente, es atendido en el Servicio de Urgencias y derivado al HUNSC al objeto de proceder a la reducción y tratamiento definitivo de la luxación fractura inveterada de ambos hombros.

- Tras tratamiento quirúrgico, comienza rehabilitación que dura hasta mayo de 2013.

El interesado considera que se ha producido una negligencia médica en la actuación del Servicio Canario de Salud, habida cuenta de que desde el mismo momento del ingreso por Urgencias el día de la convulsión (22 de septiembre de 2012), se queja de dolor en ambos hombros, así como de pérdida de fuerza y movilidad, apreciándose en la Rx de tórax realizada en el HUNSC la luxación inveterada de ambos hombros con fractura desplazada de troquiter, que pasó totalmente inadvertida para los facultativos. Por ello, desde el día 22 de septiembre hasta el 8 de noviembre de 2013 tuvo que soportar el día a día con esta lesión, sin que le fuera diagnosticada desde el mismo día de los hechos e intervenida el mismo día o en días posteriores, evitando su agravación y complicación debido al transcurso del tiempo.

Refiere por último que sufre una serie de secuelas derivadas del diagnóstico y tratamiento tardío de su lesión.

Por los hechos relatados reclama una indemnización que asciende a la cantidad de 19.315,60 euros, comprensiva de la valoración de las secuelas padecidas y de los días de incapacidad.

2. En el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución del procedimiento tramitado son de aplicación tanto la citada Ley 30/1992, como 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. Asimismo, también son aplicables la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, y, específicamente para este caso, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

III

1. En el presente procedimiento el reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo, al alegar daños producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario, pudiendo por tanto iniciar el

procedimiento. Consta asimismo en el expediente debidamente acreditada la representación conferida.

2. Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración autonómica, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El interesado recibió asistencia sanitaria por los hechos relatados tanto por un centro hospitalario del Servicio Canario de la Salud como por un centro concertado. En relación con este último centro, resulta de aplicación lo previsto en el art. 214 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en virtud del cual el contratista está obligado a indemnizar los daños que en la ejecución del contrato cause a terceros, excepto cuando el daño haya sido ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración.

Consecuencia de esta regulación legal, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público como la entidad contratista, pues si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces está obligado a resarcirlo. Ostenta, por tanto, la cualidad de interesada según el art. 31.1.b) LRJAP-PAC, en relación con el art. 214 TRLCSP, lo que justifica que el instructor haya llamado al procedimiento a la entidad prestadora del servicio y le haya dado vista del expediente y notificado los sucesivos trámites.

4. La reclamación fue presentada el 3 de octubre de 2013, en relación con la asistencia sanitaria prestada al paciente con ocasión de la crisis convulsiva padecida, y de la que causó alta con secuelas en mayo de 2013. No puede, por consiguiente, considerarse extemporánea a tenor de lo previsto en el art. 142.5 LRJAP-LPAC.

5. 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 Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de 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.

6. 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 RPAPRP. 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 43.4.b) LRJAP-PAC.

En particular, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, tras su subsanación, el 23 de octubre de 2013 (art. 6.2 RPAPRP). 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), con emisión de informe por parte del Servicio supuestamente causante del daño. Se ha otorgado asimismo trámite de audiencia al interesado, así como al centro concertado, sin que se presentaran alegaciones durante el plazo concedido al efecto.

El procedimiento viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, que estima la reclamación formulada, y que ha sido informada por los Servicios Jurídicos, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero, considerándola ajustada a Derecho.

IV

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, de la documentación obrante en el expediente se deriva la siguiente secuencia de hechos, tal como han sido puestos de manifiesto por el Servicio de Inspección en su informe:

- El interesado, con antecedentes de síndrome ansioso, sufre el 21 de septiembre de 2012 un cuadro de hipertensión con alteración de la conciencia, y es trasladado al centro de atención primaria, y desde este se deriva a (...).

Es atendido en este centro a partir de las 00.15 horas del día 22. Se le practica exploración, radiografía de tórax, EKG, Tac de cráneo, sin observar alteraciones de interés. El paciente presenta dolor a la movilización y pérdida de fuerza en los miembros superiores. Con diagnóstico de crisis convulsiva, es trasladado al HUNSC, a las 05:00 h del día 22 de septiembre de 2012.

- En el HUNSC permanece en observación y es valorado por especialista de Neurología. Tras evolución sin incidencias y mejoría, se indica el alta hospitalaria con tratamiento analgésico y recomendación de control por el neurólogo de zona y la unidad de salud mental.

- Acude a visitas sucesivas a su médico de atención primaria (24 de septiembre, 1 de octubre y 14 de octubre) y no es hasta el 23 de octubre de 2012 cuando manifiesta nuevamente "dolor en los brazos". En dicha fecha se menciona "valorado ayer en un centro privado y pautaron tratamiento". Es citado para el 30 de octubre y no acude.

- El 3 de noviembre de 2012, es visto nuevamente en (...), presentando pérdida de fuerza en ambos miembros superiores, siendo diagnosticado de cervicalgias, tras la práctica de radiografías de columna cervical.

- El 8 de noviembre de 2012, acude a centro neurológico privado. Entre otras valoraciones consta que a la exploración se observa deformidad de hombro izquierdo y tras valorar radiografía se emite juicio diagnóstico compatible con fractura-luxación bilateral de hombros.

- El día 9 de noviembre de 2012, ingresa en el HUNSC, a las 12:43 horas. El 12 de noviembre se le practica TAC que objetiva la presencia de fractura luxación anterior de húmero proximal bilateral. Se informa al paciente de la situación y de la necesidad de cirugía.

- El 16 de noviembre es intervenido del hombro derecho y el 19 de noviembre del hombro izquierdo.

- Realiza tratamiento rehabilitador y se cursa alta laboral con fecha 26 de septiembre de 2013.

2. La Propuesta de Resolución estima la reclamación, por considerar que en el presente caso se ha producido una pérdida de oportunidad en orden a la curación del paciente ante la demora en practicar la cirugía que precisaban las lesiones padecidas, que debieron además ser diagnosticadas desde el momento en que acudió a los Servicios de Urgencias tras sufrir la inicial crisis convulsiva.

Efectivamente, en el expediente se encuentra acreditado, tal como pone de manifiesto el Servicio de Inspección, que el reclamante, en fecha 21 de septiembre de 2012, presentó una fractura luxación de ambos hombros que resultó inadvertida en este momento inicial, tanto en el centro concertado, que le practicó la radiografía, como en el HUNSC al que fue derivado el mismo día, aportando la citada

prueba diagnóstica. Pasó asimismo inadvertida en las posteriores ocasiones en que acudió a los servicios sanitarios, tanto privados como en (...) y a su médico de cabecera, a pesar de que manifestaba padecer dolor y pérdida de fuerza en miembros superiores, y no es hasta el 8 de noviembre de 2012 cuando, como ya se ha relatado en los antecedentes, la fractura-luxación fue advertida por el facultativo de otro centro privado.

A este respecto, concluye el Servicio de Inspección lo siguiente:

- El reclamante en fecha 21 de septiembre de 2012 presentó una fractura luxación de ambos hombros que resultó inadvertida. Dicho cuadro no fue incluido en las sospechas clínicas dado que el objeto inicial de la atención sanitaria se correspondía con un cuadro convulsivo y pérdida de conciencia.

- La clínica consistente en dolor y pérdida de fuerza en miembros superiores es compatible con el diagnóstico de fractura luxación de hombro, si bien se corresponde igualmente con un número elevado de patologías. La sintomatología, a lo largo de 48 días, fue manifestada en distintas ocasiones tanto a servicios privados, como a (...) y a su médico de cabecera, no alcanzando ninguno de ellos el diagnóstico correcto.

- La luxación se acompañó de lesiones que complican el cuadro y le confieren mayor gravedad (fractura de troquíter desplazada y Hill- Sachs) con independencia del momento del diagnóstico y del tratamiento. La presencia de lesiones acompañantes obliga a establecer un planteamiento terapéutico distinto al de una luxación simple, ya que ello condiciona el pronóstico funcional, alargándose los tiempos de recuperación y siendo posible la aparición de secuelas. Ello permite concluir que el tratamiento quirúrgico queda plenamente justificado, aunque se hubiese diagnosticado al paciente en el momento de la lesión.

- El diagnóstico precoz influye en que el resultado hubiera podido ser distinto, con resultados más satisfactorios en cuanto a la funcionalidad. No obstante, la repercusión del retraso de la asistencia en el establecimiento de las lesiones plantea dificultades, ya que hay que tener presente cuál es el daño principal y cuál su gravedad, la cual, obviamente, puede quedar alterada, es decir, incrementada, por el retraso.

En este mismo sentido, informa el Jefe de Servicio de Traumatología del HUNSC que un tratamiento temprano de la lesión hubiese modificado el resultado de forma sustancial.

Resulta pues plenamente aplicable en este caso, como se sostiene en la Propuesta de Resolución, la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues se ha privado al paciente de la posibilidad de que sus lesiones hubiesen evolucionado de forma más favorable de haberse diagnosticado las fracturas padecidas en el momento de la inicial asistencia sanitaria y no transcurridos 48 días desde la fractura.

A este respecto, es preciso recordar que 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 permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana. Por ello, 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 solo que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste así en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Como señala, entre otras, la STS de 30 de octubre de 2007, cuando de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se trata, no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar en todo caso la salud del paciente. De este modo, solo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados.

En lo que ahora interesa y 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 la denominada “pérdida de oportunidad” constituye igualmente 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, la demora en el diagnóstico correcto se tradujo en una privación de expectativas de obtener mejores resultados en cuanto a la funcionalidad de las zonas afectadas por las lesiones y se configura, como reconoce la jurisprudencia, como un daño indemnizable.

3. Por lo que se refiere a la valoración del daño, es preciso tener en cuenta que, como dice la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 2 de enero de 2012, no es el daño material correspondiente al hecho acaecido el concepto indemnizable “sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

Por estas razones y con base en los criterios de cuantificación expresados en el informe del Servicio de Inspección y recogidos en la Propuesta de Resolución, se considera adecuado que se indemnice al reclamante en la cantidad de 28.990,53 euros, cantidad que resulta de la minoración en un 20% de la cuantía resultante de la aplicación del baremo para la valoración de Daños Personales del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), actualmente derogado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, pero aplicable por razones temporales.

Esta minoración se entiende ajustada a Derecho dado que, como antes se ha señalado, se trata de indemnizar la pérdida de oportunidad padecida por el reclamante de que sus lesiones hubieran evolucionado de forma más favorable.

4. Por último, se considera asimismo conforme a Derecho la repercusión que se prevé en la Propuesta de Resolución del 50% de la cantidad indemnizatoria a (...), dado que las lesiones padecidas por el reclamante pasaron desapercibidas tanto para el Servicio Canario de la Salud como para el centro concertado, en aplicación del ya señalado art. 214 TRLCSP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial de (...), se considera conforme a Derecho por las razones que se hacen constar en el Fundamento IV de este Dictamen.