



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de enero 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 H.D.S., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 428/2016 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 extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado por H.D.S., que actúa representado por el abogado I.P.G., en solicitud de una indemnización de 41.665,83 euros por las lesiones personales y los daños materiales cuya causación imputa a la deficiente asistencia médica por una fractura de muñeca, que le dispensaron, entre enero y febrero de 2012, en el Hospital General de la Palma ((...)), cuya titularidad corresponde al SCS.

2. La cuantía de la indemnización solicitada determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad 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,

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución de 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 final es competencia del Director del 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.

5. De acuerdo con la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima, de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el presente procedimiento se rige por 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. Conforme al art. 13.3 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado; sin embargo esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma.

6. En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones que lo regulan.

Así, consta en el expediente que la reclamación, tras su subsanación, fue correctamente calificada y admitida a trámite (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), emitiéndose en particular el preceptivo informe del servicio a cuyo funcionamiento se imputa la causación del daño (art. 10.1 RPAPRP) y que está representado por los informes del Servicio de Urgencias y del Servicio de Traumatología del (...).

También se solicitó informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) del Servicio Canario de la Salud, para que, a la vista de la documentación clínica y de los citados informes, analizara la existencia o no de nexo causal entre la asistencia sanitaria prestada al paciente y las lesiones que alega.

Por parte del órgano instructor se notificó al interesado el acuerdo probatorio y finalizada la instrucción del procedimiento se abrió el preceptivo trámite de vista del expediente y audiencia, lo cual se notificó al reclamante, que presentó alegaciones reiterando su pretensión.

Se redactó por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la propuesta de resolución, de sentido desestimatorio de la reclamación, que fue sometida a informe a la Asesoría Jurídica Departamental, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias (aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero). Este informe consideró la propuesta de resolución conforme a Derecho.

En definitiva, no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten a un Dictamen de fondo.

II

1. El fundamento fáctico de la pretensión es el siguiente:

El 6 de enero de 2012 el reclamante sufrió una caída en su domicilio, motivo por el que acudió al (...), donde le diagnosticaron fractura de muñeca izquierda. Se le inmovilizó la muñeca con férula de venda de yeso, y lo citaron para consulta el 17 de enero en el servicio de traumatología del mismo Hospital. Dicho 17 de enero los facultativos del mencionado servicio de traumatología le modificaron el tipo de férula a yeso cerrado con tracción. Los días 24 y 31 del mismo mes fue examinado en el mismo servicio para valorar su evolución.

El reclamante alega que el Servicio Canario de Salud no le citó de nuevo hasta el 29 de febrero de 2012. Debido a esta tardanza y al dolor que sufría, acudió al centro médico privado (...), para luego trasladarse a Alemania, donde fue intervenido quirúrgicamente por haberse producido la consolidación del hueso de forma defectuosa debido a la incorrecta inmovilización de la muñeca con la férula de yeso que le realizaron en el (...). El diagnóstico final tras la intervención de los facultativos de la clínica alemana fue: «Fractura del radio distal C. izquierdo consolidada en posición defectuosa».

Por la secuela de anquilosis y por el perjuicio estético que comporta, por los 452 días de incapacidad temporal, por los honorarios abonados a la clínica alemana y por los gastos de transporte a Alemania solicita una indemnización de 41.665,83 euros.

2. El informe, de 10 de febrero de 2016, del médico inspector del Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud, SIP, relata la siguiente sucesión cronológica de los hechos:

El 6 de enero de 2012, el paciente sufre caída en su domicilio, acudiendo al (...), donde se le diagnostica de fractura de muñeca izquierda.

El 17 de enero del mismo año se modifica el tipo de inmovilización, colocando férula de yeso cerrada con tracción. Se comprueba con radiología que la alineación de la fractura es aceptable.

Los días 24 y 31 de enero del mismo año, el paciente acude para control de su fractura, y a través de la correspondiente prueba radiológica se comprueba que la alineación continúa siendo aceptable.

Se cita al paciente para revisión y control para el 29 de febrero de 2012. Este día estaba previsto retirar la férula de yeso, realizar control radiográfico y comienzo con ejercicios de Fisioterapia y Rehabilitación. El paciente, no obstante, no acudió a la cita.

3. Respecto a la atención dispensada en el Servicio de Urgencias:

Cuando el reclamante acude al Servicio de Urgencias del (...), presenta dolor, hinchazón e impotencia funcional en muñeca izquierda. Se realiza radiografía de la zona afectada, objetivando fractura no desplazada de muñeca izquierda. Se inmoviliza con férula de yeso, citándolo para consulta en el Servicio de Traumatología del mismo Hospital transcurridos cinco días (folio nº 7 del Expediente Administrativo-EA).

El 15 de enero de 2015 informa el Jefe de Unidad de Urgencias del (...) acerca de esta actuación médica del día 7 de enero de 2012, que el paciente fue atendido por el médico de guardia y siguiendo los protocolos. Que se inmovilizó su fractura de muñeca, remitiéndolo a consulta de Traumatología en los días siguientes, para efectuar control.

El médico inspector del SIP explica en su informe que, en caso de fractura de Radio, si el hueso está alineado en la posición correcta, el tratamiento que se debe aplicar es el ortopédico, que consiste en colocación de férula de yeso y

comprobación posterior en sucesivos controles, mediante radiología, de la correcta consolidación del hueso lesionado. Esta férula se suele cambiar a las 2 ó 3 semanas, porque, a medida que disminuye la inflamación del brazo, la férula se afloja. El control y seguimiento radiológico posterior comprueban la correcta consolidación y estabilidad de la fractura del hueso Radio en su posición correcta.

La férula se suele retirar aproximadamente a las 6 semanas desde la fractura debiendo comenzar seguidamente la Rehabilitación del movimiento y función de la muñeca lesionada.

Esta actuación fue correcta, puesto que, a tenor de los signos y síntomas detectados en el paciente en el momento de su asistencia, valoración, exploración y pruebas complementarias en el Servicio de Urgencias del (...) ante su fractura conminuta de hueso radio de la mano izquierda, se decide diagnóstico y se reduce la fractura con tratamiento ortopédico correcto consistente en férula de yeso

4. Respecto a la actuación en consultas posteriores:

El día 17 de enero del mismo año, acude a consulta para revisión de la fractura. En la exploración presenta fractura conminuta de radio distal. A la vista de la radiografía realizada se observa que mantiene la reducción y presenta buena movilización de los dedos (folio nº 9 del EA)

En esta misma consulta se objetiva el aflojamiento de la férula, motivo por el cual se decide su cambio por una férula cerrada con tracción. El día 24 de enero, en consulta de seguimiento, se observa nuevamente que la alineación de la misma se mantiene, así como la movilidad de los dedos. Se cita el día 31 del mismo mes, en la que, nuevamente se realiza control radiológico que demuestran que la alineación de la fractura es aceptable. No refiere dolor y la movilidad es buena. El médico inspector del SIP concluye que la actuación durante el seguimiento evolutivo de la fractura y posteriores controles radiológicos efectuados por el Servicio de Traumatología del (...) fue la correcta.

El 21 de febrero de 2012, el paciente es citado en consulta para nuevo control radiológico, retirada de la férula e inicio de ejercicios y tratamiento posterior en caso de necesidad, es decir, transcurridas 6 semanas desde que se produjo la caída. El reclamante alega en su escrito inicial que dos días antes de la mencionada cita, ésta fue cancelada, siendo citado de nuevo con fecha 29 del mismo mes y año, es decir, 8 días después, pero no acude a esta última revisión.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación al considerar que no concurren los requisitos necesarios para declarar responsabilidad patrimonial del SCS, ya que el reclamante actuó al margen de la infraestructura de la que dispone el sistema sanitario público, sin que tal actuación pueda ser incluida en los supuestos excepcionales previstos en la normativa sanitaria para el reintegro de gastos.

2. Según refiere el propio reclamante en su escrito de alegaciones de 14 de junio de 2016, «a pesar de que continuaba con mucho dolor, en lugar de anticiparle la cita, se le pospuso para el día 29 de febrero de 2012. Como resultaba insoportable el dolor, ante la pasividad y dilación en el atendimento, es por lo que, el 23 de febrero de 2012, decide acudir al Centro Médico (...), no buscando una segunda opinión, sino solución a los insoportables dolores que sufría (...)».

Lo cierto es que en la revisión de 31 de enero de 2012 consta en historia clínica que «no refiere dolor», tal y como se ha registrado anteriormente. No consta en la documentación presentada por el interesado ni en la recabada por la Administración, dato alguno que demuestre que, efectivamente estuviera padeciendo dolores de tal intensidad. Estos dolores no fueron referidos en momento alguno en las consultas de seguimiento de la fractura por el Servicio de traumatología del (...).

La primera referencia a tales dolores figura en la hoja de tratamiento del Centro Médico (...) el día 23 de febrero de 2012, en la que consta que se le pauta tratamiento analgésico «si dolor», es decir, en el caso de que tuviera dolor. En la documentación médica que recoge la asistencia prestada ese día en dicho centro médico se hace constar que el paciente refiere que él mismo se ha retirado la férula de yeso, que al examen presenta inflamación en muñeca y mano, con limitación de la movilidad y dolor intenso a la palpación.

La radiografía que se le realiza en ese centro privado permite constatar «Fractura en vías de consolidación con desviación de fragmentos e impactación». En este punto hay que reparar en que las anteriores radiografías, que son pruebas médicas objetivas, realizadas en el (...), demostraban que existía una buena alineación. Estas radiografías y la documentación clínica que recoge las consultas de seguimiento de los días 17, 24 y 31 de enero de 2012 acreditan que la fractura estaba alineada y consolidando bien, que el paciente no sufría dolor y que la movilidad era buena. Por consiguiente, entre el 31 de enero, fecha de la última asistencia que se le prestó en el (...), y el 23 de febrero, fecha en la que es atendido en el centro médico privado, se produjo un incidente, ajeno a la asistencia prestada por el SCS, que causó

el desplazamiento de la fractura y consecuente fracaso de su consolidación, la cual impuso la necesidad de su intervención quirúrgica. Esta operación y las secuelas de anquilosis y perjuicio estético, así como los días de incapacidad que comportó, no son por tanto consecuencia de la asistencia sanitaria que le prestaron los facultativos del (...). El único incidente del que hay constancia que haya podido provocar el desplazamiento de la fractura y fracaso de su consolidación son las maniobras de retirada de la férula de yeso por el propio paciente, según refirió al facultativo del centro médico privado.

De haberse detectado en los controles y seguimiento realizado por el Servicio de Traumatología del (...) los días 17, 24 y 31 de enero de 2012 alguna complicación en la evolución de la fractura, se habrían tomado las medidas pertinentes, incluidas las quirúrgicas, a fin de encontrar una solución. Pero como la evolución era favorable, conforme a la *lex artis*, los controles posteriores se van distanciando en el tiempo. Por ello, desde el último control realizado, con fecha 31 de enero de 2012, lo correcto sería programar nuevo control en 20 ó 30 días. La cita inicial estaba prevista para el día 21 de febrero de 2012, desplazándose esa cita únicamente una semana, pero el paciente no acudió a la cita, porque decidió por propia voluntad acudir a un centro privado, tras retirarse él mismo el yeso. En dicho centro le indicaron la necesidad de tratamiento quirúrgico, y ese mismo día 23 de febrero, sin volver a demandar asistencia al Servicio Canario de Salud, decidió trasladarse a Alemania para ser atendido en ese país.

En definitiva, no hay nexo causal entre las lesiones alegadas y la asistencia sanitaria que han prestado al reclamante los facultativos del (...), cuya actuación fue adecuada a la *lex artis ad hoc*. Según el art. 139.1 LRJAP-PAC, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. Como está acreditado que las lesiones personales y los días de incapacidad, cuyo resarcimiento se pretende, no han sido causados por la asistencia sanitaria prestada al reclamante por el SCS, procede la desestimación de la solicitud de indemnización por esos conceptos.

3. En cuanto a la pretensión de que se le reintegren los gastos médicos por la atención en la clínica de Alemania y los gastos de transporte a ese país, se debe considerar que el art. 17 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad dispone que las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los

ciudadanos no abonarán a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esa Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

El desarrollo reglamentario de este precepto lo representa actualmente el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que dispone:

«La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción».

Reiterada jurisprudencia en relación con estos preceptos o con sus antecedentes legales ha insistido en que la prestación sanitaria exigible en el ámbito de la sanidad pública responde a los siguientes ejes fundamentales: que la citada prestación ha de otorgarse con los medios disponibles del Sistema Nacional de Salud; que la asistencia sanitaria ha de llevarse a cabo en términos de eficacia e igualdad, pero también en términos que permitan la estabilidad financiera del sistema, lo cual precipita en todo caso que la asistencia debida por el servicio público de salud se encuentra sometida a limitaciones; que no existe un derecho de opción de los beneficiarios del sistema público de salud para recabar asistencia sanitaria fuera del ámbito de ese sistema, ya que el recurso a la sanidad privada es excepcional por imperativo legal, ha de justificarse en cada caso y ha de hacerse ello con especial rigor, habida cuenta la calidad cierta de los recursos económicos y dotacionales del sistema público y la cualificación técnica y humana del personal al servicio del mismo; que, en razón de lo anterior, el servicio público de salud no puede arrostrar los gastos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a ese servicio, excepción hecha de los casos reglamentariamente establecidos; que, en atención a las previsiones reglamentarias vigentes, el recurso a la asistencia sanitaria privada que es susceptible de ser económicamente asumido por el sistema público de salud es

exclusivamente el recurso debido a una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, siempre que conste que no se pudieron utilizar los servicios sanitarios públicos y que se acudió a la prestación sanitaria privada de forma no abusiva ni desviada; y que una interpretación extensiva de la responsabilidad del sistema sanitario público por gastos generados como consecuencia de asistencia prestada en el ámbito privado, es interpretación que bien puede abrir la inaceptable espita discriminatoria consistente en incrementar las posibilidades de recepción de asistencia sanitaria en favor de quienes dispongan de recursos económicos para acudir a la asistencia privada, iniciando a renglón seguido el procedimiento para intentar obtener la restitución del desembolso efectuado, posibilidad que en ningún caso existiría para el mayoritario colectivo que carece de los recursos necesarios a tal fin.

El día 23 de febrero de 2012 se constató en el centro médico privado la repentina, imprevisible y anómala complicación en la evolución de la fractura que imponía su tratamiento quirúrgico. Esa complicación no constituía una urgencia vital como lo acredita el hecho de que la operación se practicó en Alemania el 5 de marzo de 2012. Tampoco concurre el otro requisito legal consistente en que el reclamante haya demostrado que no pudo recurrir oportunamente a los servicios del SCS ni que haya demandado su asistencia y los agentes de éste se la hayan denegado injustificadamente. La decisión de acudir al centro médico privado alemán obedeció pura y exclusivamente al albedrío del reclamante, por lo que tampoco procede indemnizar por los honorarios que abonó a aquél y por los gastos de transporte a Alemania.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, dirigida a la desestimación de la pretensión resarcitoria formulada por H.D.S., se considera conforme a Derecho.