



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 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 (...), en representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 443/2016 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 el 10 de enero de 2011 por (...) en nombre y representación de (...), por los daños sufridos, como consecuencia de la asistencia recibida en (...), centro concertado con el SCS.

2. La cuantía de la indemnización solicitada (60.000 euros) 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 única, 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas,

---

\* Ponente: Sr. Brito González.

ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa. En cuanto a la legitimación pasiva, recae en el Servicio Canario de la Salud, aun cuando, en este caso, la asistencia sanitaria objeto de reclamación se prestó en el centro concertado (...). Por ello, se le atribuye también la legitimación pasiva en el presente procedimiento al ser éste el presunto responsable de la asistencia sanitaria reclamada, notificándole todas las resoluciones dictadas en el mismo.

Siendo el concierto sanitario un tipo de contrato de gestión indirecta para la prestación de un servicio público, de conformidad con lo señalado en el art. 32.9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, es de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), que en su art. 214 establece: Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

Como hemos manifestado en diversas ocasiones (por todas, DCCC 554/2011, 59/2014 y 406/2016): «(...) Si los centros sanitarios privados, al prestar a los usuarios del servicio público de salud asistencia sanitaria en virtud de un concierto, les causan daños, ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración. Esta conclusión lleva necesariamente a esta otra: En los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud, el SCS en este caso, como el centro sanitario privado concertado, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces está obligado a resarcirlo en virtud de los artículos 98 y 162.c) TRLCAP».

Por demás, la solicitud indemnizatoria se ha presentado dentro del plazo de un año establecido en el art. 143.5 LRJAP-PAC; antes, por tanto, de que el derecho a reclamar haya prescrito.

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 Autónoma, 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 la 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. 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 del citado Reglamento el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses.

El procedimiento ha estado suspendido entre el 10 de noviembre de 2011 y el 18 de agosto de 2016 (se notifica el 22 de agosto) por la existencia de diligencias penales finalmente archivadas.

Pese a dicha suspensión, se ha superado el plazo para resolver el procedimiento; 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 DE LA Ley 30/1992, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma.

## II

1. El fundamento fáctico de la pretensión resarcitoria, según el tenor del escrito de reclamación, es el siguiente:

Sobre las 04:00 horas, aproximadamente, del día 31 de mayo de 2010, el interesado sufrió una grave caída en altura, siendo atendido de urgencias en el (...), en Puerto de la Cruz, siendo diagnosticado según se reflejó en el parte médico de «contusión de sitio no especificado, traumatismo múltiple por agresión». Todo ello previa realización de placas de Rx.

El padre del afectado preguntó a los facultativos si no era conveniente que se le dejara en observación (máxime al tratarse de una caída en altura), a lo que contestó que no, que sólo tenía magulladuras, y que en las placas que le habían hecho no se observaba nada anómalo y «que su hijo tenía un ángel de la guarda».

Al llegar a su domicilio, se quejaba de dolor fuerte en la cadera, en el pie izquierdo, en el pecho y en otras partes del cuerpo. A la noche siguiente, ante la

persistencia de los fuertes dolores, el padre llamó al servicio 112, para que enviaran una ambulancia para trasladar a su hijo nuevamente (...), ya que no se podía mover. El 112 se negó a prestar el servicio, motivo por el que el padre contactó con un servicio de ambulancia privado, trasladando a éste de nuevo a (...) sobre las 04:00 horas aproximadamente.

Refiere que en ningún momento fueron atendidos por el traumatólogo que parece haber firmado los documentos, dado que quien firma realmente los documentos es otro profesional. En cualquier caso, el médico que estaba dijo que al haber sido atendido el día anterior, no se trataba de una urgencia, por lo que no fue atendido hasta las 07:00 horas.

A las 07:45 horas, la doctora de urgencias comentó que tras la realización de nuevas placas (Rx) no se observaba ninguna anomalía, y que la medicación prescrita la noche anterior no era suficiente, por lo que prescribe que tome ibuprofeno cada 4 horas.

A continuación, el paciente regresó a casa. En los siguientes días los dolores iban en aumento, por lo que los padres decidieron llevar las mismas radiografías que le habían hecho en (...) la primera noche, a un especialista en traumatología, quien, tras verlas, les instó a que llevaran dichas radiografías al médico de cabecera y que solicitasen el ingreso urgente en el Hospital Universitario de Canarias (HUC), para que lo valoraran los especialistas y se hicieran las exploraciones que se hicieron en (...). El ingreso en el HUC tuvo lugar sobre las 18:00 horas del día 7 de junio.

Sobre la 01:30 horas del día 8 de junio, el interesado hubo de ser intervenido quirúrgicamente para hacerle una tracción transesquelética en fémur distal izquierdo y se coloca corsé para inmovilización de la columna lumbar. Ese mismo día, sobre las 18:30 horas, ingresó en la planta de traumatología con un diagnóstico -entre otros- de fractura de acetábulo diagnosticado con las mismas radiografías que se realizaron en (...).

En decir, con base en las mismas radiografías que le fueron realizadas en (...) el día 31 de mayo, en el HUC diagnostican las siguientes lesiones:

- Politraumatismo.
- Fracturas vertebrales en L-2 y L-3.
- Fractura de pelvis, rama ilio-pubiana izquierda y sacro iliaca izquierda.
- Esguince de tobillo derecho.

Entiende el reclamante que hubo diagnóstico erróneo por parte de los médicos que lo atendieron en (...), lo que produjo un agravamiento de las lesiones que sufrió como consecuencia de la caída, amén de los daños morales resultantes de los dolores padecidos los días siguientes, por no haber observado los médicos de (...) las lesiones que realmente tenía, pese a observarse en las radiografías la existencia de las mismas.

En el informe emitido por el servicio de COT «b» del Hospital Universitario de Canarias se hace constar que el interesado "ha acudido en dos ocasiones a otro centro hospitalario en el que le han diagnosticado contusiones, por lo que no ha guardado reposo en cama y refiere que el dolor empeora al intentar caminar notando dolor sobre todo en cadera izquierda, columna lumbar y tobillo derecho.

2. Por el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) se emite informe en el que, a la vista de la historia clínica del interesado y de los informes preceptivos recabados (informe de la Dirección Médica de (...)) e informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del HUC, se acredita la siguiente sucesión de hechos:

- En fecha 31 de mayo de 2010 aproximadamente a las 5 horas acude al servicio de urgencias de (...) refiriendo dolor en la región coxal, región anterior del tórax y tobillo derecho, tras haber sido arrojado por un barranco. Después de exploración física, seguimiento de constantes vitales durante aproximadamente 2 horas, EKG y Rx de columna cervical en proyección AP lateral, Rx de tórax AP, Rx de ambas caderas en proyección AP, Rx de columna lumbar AP y L, Rx de tobillo derecho AP y L, se establece diagnóstico de contusión. Traumatismo múltiple por agresión.

- Se instaura tratamiento farmacológico y vendaje tensoplast del tobillo derecho.

- Causa alta a domicilio con la recomendación de acudir al Médico General para ser remitido al Traumatólogo.

- En fecha 1 de junio de 2010 acude al Servicio de Urgencias de (...) a las 4:31 horas, refiriendo dolor e impotencia funcional en miembro inferior izquierdo. Se realiza exploración física objetivándose dolor e incapacidad para correcta movilización de cadera y pierna izquierda. Después de estudio Rx se diagnostica de algia como consecuencia de policontusiones, se instaura tratamiento farmacológico, se aconseja reposo y acudir a su Médico General.

- En fecha 7 de junio de 2010, remitido desde su médico, es valorado en el Servicio de Urgencias del HUC. Refiere no caminar por dolor, sobre todo en la cadera

izquierda. En Rx aportadas, realizadas en estudio previo, objetivan fractura de acetábulo izquierdo y fractura acunamiento de vertebras L2 y L3. Realizados nuevos estudios radiológicos y TAC se diagnostica fractura acunamiento de los cuerpos vertebrales L2 y L3; fractura sin desplazar del ala sacra izquierda sin compromiso de la articulación sacroilíaca y fractura del transverso acetabular izquierdo; esguince del tobillo derecho sin fractura ósea.

- Ingresa en el Servicio de COT durante el periodo 8-21 de junio de 2010.

- Recibe tratamiento ortopédico mediante trasesquelética de la extremidad inferior izquierda hasta el 18 de junio de 2010, durante 2 semanas. Se prescribe corsé lumbosacro. Se comienza a sentar al paciente sin presentar complicaciones por lo que se decide alta, en fecha 21 de junio de 2010 y control ambulatorio. Se recomienda reposo 6 semanas.

- Los estudios radiológicos efectuados después del alta evidencian consolidación de la fractura. Bipedestación a las 6 semanas y a los dos meses inicio progresivo de la retirada del corsé.

- En fecha 20 de julio de 2010 refiere en (...) dolor en ambos pies desde la caída. Inició la marcha en fecha 15 de julio de 2010. Se le autoriza 10 sesiones de rehabilitación causando alta por incomparecencia.

- En revisión en el HUC, el 19 de agosto de 2010: A la exploración física del tobillo derecho, dolor a punta de dedo en ligamento peroneoastragalino anterior; BA libre; dolor al forzar el varo. A la exploración de columna lumbar, dolor a la palpación en L3 y L4; BA libre mínimas molestias al forzar flexión anterior.

- En fecha 27 de agosto de 2010, rechaza tratamiento rehabilitador en el Centro (...).

3. En sus conclusiones, el SIP entiende que el reclamante, pese a alegar error de diagnóstico en la asistencia recibida, no concreta en qué consistió el agravamiento de sus lesiones.

EL SIP cree que el esguince de tobillo fue tratado correctamente y en relación al resto de las lesiones no hubo, tampoco, consecuencias en su evolución, circunstancia favorecida por el reposo, la inexistencia de compromiso neurológico en el caso de las fracturas vertebrales, fractura acetabular sin desplazamiento y la ausencia de secuelas. Añade que el tratamiento requerido fue ortopédico y no quirúrgico.

En (...) se efectuó anamnesis, exploración física, estudio radiológico de las regiones lesionadas y a pesar de utilizar los medios adecuados no se estableció el diagnóstico correcto. No obstante, se recomienda, al no ser valorado por especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, acudir a su Médico General para su remisión a especialista.

El paciente acude a su médico general en fecha 7 de junio produciéndose en ese momento su derivación a especialista.

Producida la lesión en fecha 31 de mayo de 2010 y diagnosticándose en fecha 7 de junio, al no describirse consecuencia en la evolución de sus lesiones, no encontramos daño objetivo que deba ser recompensado, No obstante, en consideración a que se produjo prolongación de la situación de dolor en el reclamante durante ese periodo y careciendo de parámetros objetivos para esta ponderación, proponemos la indemnizar al reclamante con la cantidad resultante de cálculo de los días improductivos sin ingreso hospitalario que transcurrieron.

Periodo 31 de mayo a 7 de junio de 2010: 7 días

53,66 €/día x 7 días = 375,62 €

Actualización según evolución del IPC en

Canarias (2,1 %): 383,51 €

4. Los hechos por los que se reclaman fueron objeto de diligencias penales, en las que consta informe médico forense que, pese a afirmar que no se evidencia ninguna agravación motivada por error en el diagnóstico, contradice en parte lo concluido por el SIP en lo que se refiere a «que el tratamiento requerido fue ortopédico y no quirúrgico», pues en aquel alude a que el tratamiento administrado al interesado «fue más cruento, concretamente la intervención quirúrgica para la colocación de una tracción transesquelética de fémur distal izquierdo (...)».

5. En informe posterior del SIP (páginas 383-384 expediente), se diferencia entre intervención quirúrgica para reducción de fractura e intervención para tracción esquelética, reconociéndose que se practicó esta última para inmovilización estable de la fractura que padecía el afectado («a través de una aguja de Kirschner o clavos de Steinmann»).

6. En el trámite de audiencia, la representación del reclamante, además de reiterar el relato de los hechos, fundamenta su pretensión resarcitoria en la teoría de

la pérdida de oportunidad que produjo el error de diagnóstico calculando la compensación económica por los daños sufridos en 60.000 euros.

### III

1. En lo que a la tramitación del procedimiento se refiere, del expediente remitido a este Consejo constan las siguientes actuaciones:

- Resolución de fecha 24 de enero de 2011 de la Secretaría General del SCS por la que se admite a trámite la reclamación (ERP 5/11).

- Resolución de fecha 24 de octubre de 2011 de la Secretaría General del SCS por la que se suspende el procedimiento y se acuerde la iniciación de procedimiento abreviado de conformidad con lo establecido en el art. 143 LRJAP-PAC y el art. 14 RPAPRP y se propone una indemnización al interesado de 383,51 € por error de diagnóstico.

- Mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2011 el interesado se muestra disconforme con la indemnización ofrecida y solicita la suspensión del procedimiento hasta que se resuelva el procedimiento penal (D.P. 523/2011) seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 2 del Puerto de la Cruz.

- Resolución de fecha 9 de noviembre de 2011 de la Secretaría General del SCS por la que se suspende el procedimiento RP 5/2011 hasta que recaiga sentencia firme en la citada jurisdicción.

- Resolución de fecha 22 de agosto de 2016 por la que, habiéndose dictado en el procedimiento penal Auto de fecha 22 de junio de 2015, de sobreseimiento y archivo de las actuaciones, se acuerda dejar sin efecto la suspensión del procedimiento RP 5/2011 y continuar la tramitación del mismo.

- Mediante escrito de fecha 23 de agosto de 2016 de la Secretaría General del SCS, de conformidad con el art. 15 RPRP se pasa al trámite de audiencia por el plazo de cinco días para que los interesados puedan presentar las alegaciones, documentos y justificaciones que estimen oportunas. Este trámite se notificó a (...), que en escrito de fecha 22 de septiembre niega la existencia de daño como consecuencia del diagnóstico realizado en sus dependencias al afectado por lo que solicita que se desestime la reclamación presentada. No consta que se haya notificado al reclamante.

- El 14 de septiembre de 2016 se emite borrador de Resolución del Director del SCS que es informado por la Asesoría Jurídica departamental el 6 de octubre de 2016.

- El 19 de octubre de 2016 por el SIP se emite informe complementario, del que se le da traslado al interesado a fin de que manifieste lo que a su derecho convenga. En contestación al mismo, mediante escrito de fecha 22 de noviembre, el reclamante señala que no está conforme con la indemnización referida y que, seguido el procedimiento por sus trámites, se acuerde indemnizarlo en la cantidad justa de 60.000 euros.

- El 28 de noviembre de 2011 la Secretaría General del SCS emite la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen de este Consejo.

2. En nuestro Dictamen 423/2015, de 19 de noviembre de 2015, se señalaba:

«Ha de objetarse la tramitación del procedimiento, tal como se señalara en otros dictámenes de este Organismo (por todos el Dictamen 99/2014), en el sentido de que el art. 14 RPAPRP establece como presupuestos del procedimiento abreviado que el instructor entienda como inequívocas la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización.

En el presente caso, si bien la relación de causalidad resulta inequívoca, tal y como se desprende de los informes obrantes en el expediente, sin embargo no ocurre lo mismo con la valoración del daño y el cálculo de la cuantía indemnizatoria.

Durante la sustanciación del procedimiento general se propone la terminación convencional del procedimiento por el instructor (art. 15.2 RPAPRP), por importe, inicialmente de 4.701,58 euros, incrementada después a 10.463,36 euros, cantidades que no son aceptadas por el reclamante, precisamente porque resulta controvertida la cuantía indemnizatoria y el propio daño alegado.

Precisamente, por no ser inequívoco el daño y su cuantificación, no resulta procedente la tramitación de la solicitud de responsabilidad patrimonial por el procedimiento abreviado, por lo que procedería la retroacción del procedimiento y el levantamiento de la suspensión acordada para volver a él con todos sus trámites, tal y como establece el art. 17.1 RPAPRP.

En especial, dada la discrepancia existente, debe abrirse por el instructor trámite probatorio (art. 80.1 LRJAP-PAC y art. 9 RPAPRP) para, una vez concluido este, conceder audiencia a los interesados y dictar nueva Propuesta de Resolución que deberá ser sometida a dictamen de este Consejo Consultivo».

3. De lo actuado en el procedimiento abreviado queda plenamente acreditada la discrepancia de las partes en cuanto a la valoración de los daños se refiere por lo que de conformidad con lo establecido en el art. 17.1 RPAPRP procedería el levantamiento de la suspensión de la tramitación del procedimiento general acordada el 24 de octubre de 2011 para su instrucción con todos sus trámites

(especialmente la apertura de periodo probatorio) para, posteriormente, tras trámite de audiencia a las partes dictar nueva Propuesta de Resolución que se someterá a la consideración de este Consejo.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que estima parcialmente la pretensión del reclamante por la existencia de error de diagnóstico, no se ajusta a Derecho, deberán retrotraerse las actuaciones para proceder de acuerdo con lo razonado en el Fundamento III.3 de este Dictamen.