



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 287/2017

(Sección 1ª)

La Laguna, a 6 de septiembre de 2017.

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. 248/2017 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

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 Servicio Canario de la Salud.

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, 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. Brito González.

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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. 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 art. 214 del 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.

Como hemos manifestado en diversas ocasiones (por todas, DDCCC 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».

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 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 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. De acuerdo con la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la citada Ley 39/2015, 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 RPAPRP 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 LRJAP-PAC en relación con los arts. 43.3.b) y 142.7 de la misma.

6. El presente procedimiento ya fue dictaminado por este Consejo (DCC 10/2017), en el que se concluyó que, habida cuenta de 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.

7. En cumplimiento de lo dictaminado, la Administración sanitaria procedió a retrotraer el procedimiento abriendo periodo probatorio y, tras la práctica de las pruebas admitidas, concedió trámite de audiencia -al que comparecieron las partes-, dictándose nueva Propuesta de Resolución, que se vuelve a someter a nuestro parecer.

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 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 médico 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, 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 iliopubiana izquierda y sacro iliaca izquierda.
- Esguince de tobillo derecho.

Entiende que hubo diagnóstico erróneo por parte de los médicos que le 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 del Hospital (...) 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 acuñaamiento de vertebras L2 y L3. Realizados nuevos estudios radiológicos y TAC se diagnostica fractura acuñaamiento 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 del 8 al 21 de junio de 2010.

- Recibe tratamiento ortopédico mediante transesquelética 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 peroneoastagalino 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 (...).

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

Ese informe fue suscrito en septiembre de 2011. Se hace constar tal circunstancia porque 5 años después, esa conclusión, valoración económica incluida, es asumida íntegramente por la Propuesta de Resolución que se nos somete a Dictamen.

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, 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. Igualmente se reconoce en la Propuesta de Resolución en el Antecedente de Hecho Primero, apartado VII.

6. Retrotraído el procedimiento, se practicó prueba testifical al Dr. (...), con la participación del letrado del interesado.

7. En el nuevo 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.

Por su parte, el centro concertado 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.

8. Finalmente, la Propuesta de Resolución, con fundamento en el informe del SIP, estima parcialmente la reclamación al entender acreditado la existencia de error de diagnóstico llevado a cabo en el centro concertado, concretando el daño en el dolor del paciente durante el tiempo que transcurrió entre dicho error y el diagnóstico correcto y determinando la cuantía de la indemnización en el cálculo de ese tiempo (7 días) como días improductivos sin ingreso hospitalario (53, 66 €/días x 7 días 375, 62 €, que actualizado según evolución del IPC en Canarias -2, 1 %-, da una cantidad de 383, 51 €).

III

1. El interesado reclama por los daños sufridos por error en el diagnóstico con base en la pérdida de oportunidad, pero no acredita que se haya producido un agravamiento de sus lesiones por dicho error.

Desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998 el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial hoy ya consolidada favorable a dar valor a la llamada «pérdida de oportunidad» cuando, aunque no resultara patente la presencia del vínculo causal por dificultad en su prueba, concurren determinadas circunstancias que

evidenciaran una alta probabilidad de que de haberse ofrecido las oportunidades perdidas se hubiera evitado o disminuido el daño.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de flexibilización de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo causal especialmente en materia de responsabilidad sanitaria, y la han aplicado a la actuación del facultativo cuando no puede asegurarse que haya sido causante del daño reclamado o, al menos, la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano.

«La omisión de las pruebas y actuaciones tendentes a la determinación del diagnóstico en un momento anterior, ha privado al paciente de la oportunidad de anticipar un tratamiento que podía incidir favorablemente en la evolución del padecimiento, aun cuando no se evitara el resultado final, privación que consecuentemente ha de ser indemnizada» (STS, Sala III, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2007, rec. casación nº 6676/2003).

«En la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que en cierto modo se asemeja a un daño moral, y que es el concepto indemnizable» (STS, Sala III, Sección 4ª, de 27 de septiembre de 2011, rec. de casación nº 6280/2009).

Pues bien, para esta consolidada jurisprudencia «la pérdida de oportunidad constituye 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» (STS, Sala III, Sección 4ª, de 21 de diciembre de 2015, FJ 1º, rec. casación nº 1247/2014).

2. En el presente caso, ha quedado acreditado, y así lo reconoce la propia Propuesta de Resolución -aunque no el centro concertado-, la existencia de un error en el diagnóstico que ha producido un daño moral al interesado.

Además, el informe forense señala que la intervención quirúrgica consistente en la colocación de una tracción transesquelética de fémur distal izquierdo, fue consecuencia del error de diagnóstico que, si bien no produjo agravación de los daños, sí tuvo como consecuencia un retraso en la curación y daños y perjuicios debidos al tratamiento quirúrgico al que tuvo que ser sometido.

La Propuesta de Resolución, en el cálculo de la indemnización de ese daño moral que supone la pérdida de oportunidad, solo se ha tenido en cuenta el tiempo transcurrido entre el error y el diagnóstico correcto, considerándose por este Consejo que ello no se ajusta a Derecho.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado también sobre la cuantificación de las indemnizaciones provenientes de pérdida de oportunidad, señalando que procede valorarla «no por la totalidad del daño sufrido pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación» (STS de 19 de noviembre de 2012, rec. de casación nº 579/2011, citada a su vez por la STS de 27 de noviembre de 2012, rec. casación nº 4981/2011).

Por ello, procederá atenerse «prudencialmente y de manera analógica, a los criterios marcados por el baremo indemnizatorio previsto para los accidentes de circulación, que adapta equitativamente a las circunstancias del caso con la rebaja sustancial propia de la aplicación de la doctrina de la llamada pérdida de oportunidad» (STSJ de Galicia, de 16 enero 2013, rec. apelación nº 7126/2012).

Este Consejo, en casos de valoración económica de daños provenientes de pérdida de oportunidad ha entendido, de acuerdo con dicha jurisprudencia, que si bien no puede alcanzar una cuantía indemnizatoria idéntica a la que resultaría de imputar en su totalidad al Servicio Canario de la Salud el daño, la Administración sanitaria debe ponderar el grado de participación de la pérdida de oportunidad en el resultado final de la actuación sanitaria prestada, que este Consejo ha estimado, según la naturaleza del caso, entre el 10 y el 60% de la cantidad que resultaría de aplicar el referido Baremo por la totalidad de los daños.

3. De lo anterior se deriva que se ha de proceder a una valoración económica de las lesiones atendiendo a las circunstancias del caso que nos ocupa, ya que el reclamante solicita una cantidad alzada (60.000 euros) sin estar basada en el 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, pero aplicable por razones temporales) y por la Resolución de 31 de enero de 2010, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar

durante 2010 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Así, a la cantidad que propone la Administración (383,51 euros) habría que adicionar una cantidad por los daños morales producidos que este Consejo estima en 3.000 euros.

La cantidad anteriormente señalada habrá de actualizarse de conformidad con lo señalado en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

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 en lo referente a la valoración económica de los daños, por lo que se debe proceder de acuerdo con lo razonado en el Fundamento III.3.