



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 6 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de mayo de 2018.

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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 181/2018 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 mediante escrito de fecha 27 de octubre de 2016 por (...), y admitido a trámite el 21 de julio de 2017, solicitando una indemnización por los daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en dependencias del SCS.

2. El interesado solicita una indemnización por los daños sufridos una indemnización de 26.368,16 euros, cantidad que determina que la competencia de este Consejo para emitirlo y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo resultan de 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. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), normativa aplicable porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a la entrada en vigor de la misma (disposición final séptima LPACAP). También le son de aplicación los arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP.

* Ponente: Sr. Brito González.

3. El órgano competente para resolver es la Dirección 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.

El órgano competente para instruir y proponer la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial que se deriven de su ámbito de actuación es la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Canario de la Salud, conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos del Servicio Canario de la Salud.

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación, pues, si bien inicialmente se inadmitió la reclamación por extemporánea, tras la desestimación del recurso de reposición interpuesto por el reclamante contra la resolución de inadmisión a trámite, éste interpuso recurso contencioso administrativo que se resolvió mediante Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife (Procedimiento Abreviado 122/2017), de fecha 11 de julio de 2017, que consideró que la reclamación interpuesta lo fue dentro del plazo legalmente fijado.

5. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses. No obstante, aun fuera de plazo, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

6. No se aprecia la existencia de deficiencias formales que causen la nulidad de lo actuado en la tramitación del procedimiento, por lo que nada impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

II

1. El interesado basa su pretensión en las siguientes alegaciones:

- Que el 25 de enero de 2012 ingresa en Urgencias del Hospital Universitario de Canarias (HUC) debido a traumatismo en hombro derecho, con dolor, edema, hematoma y limitación funcional. Ese mismo día firma consentimiento informado para fracturas articulares, para intervención quirúrgica.

El equipo de traumatología le explica que existen dos opciones: Operación inmediata sin asegurar que el resultado sea satisfactorio o rehabilitación, a largo plazo consiguiendo los mismos efectos de la operación.

- El equipo médico le aconseja no operar y comenzar rehabilitación. Comienza la rehabilitación el 29 de febrero de 2012, en el Centro concertado de rehabilitación de La Orotava. Al observar cierta mejoría, le dan el alta el 10 de abril de 2012.

- El 9 de mayo de 2012 se le remite nuevamente a rehabilitación. El 16 de mayo es valorado por la médico rehabilitadora, quien decide tratamiento fisioterápico en el CAP de Tacoronte. Comienza el 15 de junio de 2012. Al hacerle la primera revisión le dan el alta.

- El 10 de julio de 2012 acude a consulta de Traumatología, donde se le indica continuación de tratamiento rehabilitador.

- El 18 de julio de 2012 valoración en consulta del rehabilitador. El 15 de octubre de 2012 finaliza rehabilitación en el CAP de Tacoronte.

- El 16 de octubre de 2012, en valoración con el traumatólogo, se le indica continuación de tratamiento rehabilitador. El 17 de octubre de 2012, valoración por la rehabilitadora y alta.

- El 13 de noviembre de 2012, acude a consulta con traumatólogo y le indican continuación del tratamiento rehabilitador y dado que la médico rehabilitadora le ha dado el alta, solicita cambio de médico.

- El 15 de marzo de 2013, acude a consulta con Médico Rehabilitador que le diagnostica secuelas de pérdida de fuerzas MSI y solicita RM.

- El 15 de abril de 2013, el médico rehabilitador le diagnostica secuelas de una afectación nerviosa previa y le indica que no había ninguna unión entre el brazo y el tronco por lo que lo único que cabía era operar.

- El 22 de octubre de 2013, acude a consulta con Traumatología del HUC, que observa los resultados del TAC y se decide tratamiento quirúrgico y se le incluye en lista de espera quirúrgica.

- En agosto de 2016, en cita con Traumatología, para operar pero a la vista de las pruebas realizadas y de sus antecedentes, se le informa de los riesgos que conlleva la operación, siendo aconsejable no intervenir.

El interesado reclama porque entiende que «se debió operar y no se hizo» y que «cuando se debieron poner los medios adecuados para la asistencia de este dicente, esto es, la resonancia magnética y TAC, no se pusieron (...)».

También reclama porque se ha visto obligado a prejubilarse como consecuencia de un tratamiento equivocado, puesto que si el día 25 de enero de 2012 se hubiera advertido que no había posibilidad de obtener resultados tras el tratamiento conservador de rehabilitación, hubiera obtenido la incapacidad total temporal dada la limitación de la movilidad del brazo, y no hubiera tenido que prejubilarse, jubilándose a la edad correspondiente y sin perder un 15% mensual de su jubilación.

2. De la documentación médica obrante en el expediente, constituida por el historial del interesado y por los informes emitidos por los facultativos que participaron en la atención sanitaria prestada, el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), tras relatar los antecedentes de hecho más relevantes que damos por reproducidos, emite las siguientes conclusiones:

- El paciente presentó fractura luxación de hombro derecho con split de cabeza humeral. Ingresó para control del dolor y valoración de las alternativas terapéuticas. En este tipo de fracturas el tratamiento puede ser conservador o quirúrgico, basado en factores propios del enfermo y del tipo de fractura. Una vez realizada la reducción de la fractura en busca de la congruencia articular, se valoró las alternativas terapéuticas que fueron explicadas al paciente previo a la firma del DCI y optando éste por el tratamiento conservador. La posibilidad quirúrgica así como sus riesgos y beneficios era conocida por el reclamante y así lo expresa con posterioridad, en fecha 17 de febrero de 2012, a su médico de familia.

- Ha informado el Servicio de COT del HUC que, ante los antecedentes personales del paciente, el tipo de fractura y los posibles resultados de la cirugía y después de explicarle al paciente en la planta, una vez controlado el dolor, los riesgos y beneficios de los tratamientos disponibles, se decide conjuntamente con el mismo que la mejor opción de tratamiento es el conservador y control evolutivo en consultas externas.

- La intervención quirúrgica no garantiza el resultado como se recoge en el DCI firmado. La propia fractura supone un riesgo de rigidez articular, dolor y pérdida de funcionalidad. Aunque el propósito de la intervención es restablecer la función de la articulación en la medida de lo posible y disminuir el riesgo descrito, en el DCI se expresa «Se me ha avisado que aunque se espera un buen resultado, éste no puede garantizarse, ya que la aparición de complicaciones no puede proveerse».

- Recibió tratamiento rehabilitador en varios periodos: del 29 de febrero al 4 de mayo de 2012; del 18 de junio al 15 de octubre de 2012 hasta que se estabilizó la evolución.

De esta forma, secundario a la fractura se partía de una situación inicial de hombro muy limitado, con dolor a todos los movimientos, con escasos arcos.

Con el tratamiento rehabilitador se describió mejoría de la movilidad y disminución del dolor y de esa forma fue también expresado por el paciente.

- El mal pronóstico de la fractura ya fue expresado por el Servicio de Rehabilitación del HUC en fecha 16 de mayo de 2012.

La causa de alta en tratamiento rehabilitador fue estabilización de la evolución funcional, hecho coincidente con la respuesta obtenida, en fecha 15 de marzo de 2013, con ocasión de la segunda opinión formulada al Servicio de Rehabilitación del HUC en la que «Se le explica la situación y la opinión del facultativo, nulas posibilidades de mejoría que reconoce».

- A pesar de seguirse la alternativa conservadora elegida, los resultados funcionales no fueron buenos por lo que para descartar pseudoartrosis, posibilidad presente en la evolución de las fracturas, se solicita estudio TAC que lo confirma.

Se replantea el tratamiento quirúrgico cuyos resultados funcionales no iban a cambiar con su realización al principio o después del tratamiento conservador, como ha informado el Servicio de COT: «El momento de optar por el tratamiento de las fracturas de cuello de húmero con prótesis de hombro (PTH) no influye en los resultados de la operación». «Los resultados realizando una PTH en el momento del traumatismo y posteriormente no modifica la evolución ni los resultados de la cirugía».

Una vez explicados, nuevamente, los riesgos de la intervención se llegó a incorporar al paciente en lista de espera. Aparentemente causa baja y es reincorporado. Finalmente y dado que la cirugía sólo iba a conseguir mejoría del dolor, y el paciente ya no lo manifestaba y conseguir parte de la movilidad cuyas expectativas eran poco realistas, a lo que se añade que el paciente expone que la escasa movilidad en el otro miembro superior era escasa con mayor riesgo de caídas, decide no intervenir.

La fractura fue diagnosticada con estudio radiológico desde el ingreso. Las posteriores indicaciones de TAC y RM tenía como fin confirmar la pseudoartrosis y/o necrosis de cabeza humeral con lo cual, como afirma el Servicio de COT, no hubieran modificado el diagnóstico si se hubiera hecho antes.

- La afectación nerviosa que alude el paciente en su escrito se corresponde con afectación previa a la fractura que nos ocupa y en relación con el miembro superior izquierdo.

3. La Propuesta de Resolución, con base en los distintos informes obrantes en el expediente, desestima la reclamación presentada por considerar que no cabe apreciar relación causal entre la actuación del SCS y la lesión que padece el interesado, por lo que tampoco existe daño antijurídico indemnizable, es decir, el daño no puede atribuirse a mala praxis alguna, sino al traumatismo que padeció el interesado en enero de 2012 y que, desde el inicio, fue diagnosticado como fractura de hombro derecho.

III

1. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo, 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. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

2. En el presente procedimiento la pretensión resarcitoria del reclamante se fundamenta en una asistencia sanitaria inadecuada como consecuencia de un tratamiento equivocado ya que si se le hubiera advertido que no había posibilidad de obtener resultados tras el tratamiento conservador de rehabilitación, hubiera obtenido la incapacidad total temporal dada la limitación de la movilidad del brazo. Sin la prueba de estos extremos de hecho es imposible establecer que existe una relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada por los facultativos del SCS y los supuestos daños por los que reclama. Sin la determinación de ese nexo causal no es posible la estimación de la pretensión resarcitoria. El reclamante no ha aportado pruebas o informes médicos que demuestren el fundamento fáctico de esa afirmación. Por contra, la documentación clínica y los otros informes médicos obrantes en el expediente acreditan tanto que se realizaron las pruebas diagnósticas precisas (exploraciones físicas, TAC en dos ocasiones, RM, EMG) como que se le informó en todo momento de los resultados de las pruebas y de las dos posibilidades terapéuticas: tratamiento conservador basado en la rehabilitación o intervención quirúrgica, que no mejoraría los resultados del tratamiento conservador, siendo la decisión en última instancia del interesado.

3. Como este Consejo ha venido recordando reiteradamente, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, «(...) la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración» (en su Sentencia de Sala de 19 abril 2011).

Conforme a esta jurisprudencia del Tribunal Supremo, el criterio fundamental para determinar la existencia o ausencia de responsabilidad del servicio público de salud radica en si sus agentes han actuado con violación o de conformidad con la *lex artis ad hoc*; puesto que su funcionamiento consiste en 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 le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana. 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 sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo y que se aplican correctamente de acuerdo con el estado de los conocimientos médicos y las circunstancias personales del paciente. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Por esta razón no están causados por la asistencia sanitaria pública los daños cuya aparición se debe a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

4. En el presente caso está acreditado que el paciente ha sido atendido adecuadamente en función de la evolución de su patología. El 25 de enero de 2012 ingresa por traumatismo hombro derecho. Bajo el diagnóstico de fractura luxación cabeza humeral derecha se realiza reducción cerrada.

Pese a que firma, el 25 de enero de 2012, DCI para intervención quirúrgica de fracturas articulares, ingresa en el Servicio de COT, durante el periodo 26 de enero al 1 de febrero de 2012, para control del dolor y valoración de las opciones

terapéuticas, decidiéndose finalmente por el tratamiento conservador, que no da los resultados previstos por la propia evolución de la patología.

5. En relación con el error de diagnóstico este Consejo Consultivo en distintas ocasiones, entre otros en los DDCCC 185/2018, 96/2018, 64/2018 y 426/2016, ha señalado lo siguiente:

«Así, por ejemplo en la Sentencia 8/2010, de 29 enero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª se afirma que:

“(…) solo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006; 19 de octubre 2007); todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los *topoi* (leyes) del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, y 7 de mayo de 2007)”».

Esta doctrina resulta aplicable al presente asunto, puesto que no se ha demostrado la existencia de un error en el tratamiento pautado, todo lo contrario: se le ofrecieron las dos posibilidades, o tratamiento conservador basado en la rehabilitación, o intervención quirúrgica, por lo que reclamar basándose en que el tratamiento elegido no ha dado los resultados previstos vulnera, como establece la jurisprudencia citada, la prohibición de regreso.

En definitiva, no ha existido tratamiento equivocado pues en todo momento se le realizaron las pruebas pertinentes y se le informó de las dos opciones posibles, rehabilitación y cirugía; estando acreditado, además, que en todo momento ha recibido una asistencia adecuada a la *lex artis ad hoc*, no pudiéndose reprochar por los resultados del tratamiento elegido, todo lo cual impide, como hemos razonado, el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que se ha de concluir con la Propuesta de Resolución que procede desestimar la pretensión resarcitoria.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, es conforme a Derecho en virtud de los argumentos expuestos en el presente Dictamen.