



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 3 3 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 27 de noviembre 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. 498/2018 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS) tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dada la cuantía reclamada (35.000 euros), de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Está legitimada para solicitarla el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección 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.

Mediante 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, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud.

4. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y además, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

II

En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, teniendo en cuenta la documentación incorporada al expediente remitido a este Organismo, cabe señalar los siguientes:

1.- El reclamante sufrió un conjunto de patologías de difícil tratamiento, tales como hepatitis B crónica, bronquitis crónica obstructiva, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, neoplasia maligna de riñón y coxartrosis y, además de todo ello, se le diagnosticó necrosis de cabeza femoral, siendo definida esta enfermedad (necrosis avascular), por el Servicio de Inspección y Prestaciones del SCS (SIP) como «necrosis avascular (NAV), también denominada osteonecrosis, necrosis aséptica o necrosis ósea isquémica, es una enfermedad que se produce debido a la pérdida de flujo sanguíneo en los huesos.

La cabeza femoral, así como los demás huesos, es un tejido vivo, y, por lo tanto, necesita sangre para obtener las sustancias nutrientes y eliminar los productos de desecho. Una interrupción del flujo sanguíneo provoca la muerte de las células óseas. Si no se detiene, este proceso, se provoca el colapso de la cabeza femoral.

La necrosis avascular suele producirse en el muslo, especialmente en la cadera. Otras partes del cuerpo que se ven afectadas por la necrosis son el brazo, rodilla, hombro, pierna, mandíbula inferior y superior».

2.- Ante la mala evolución de esta última patología (NAV), que le generaba un fuerte dolor en su cadera izquierda, el día 8 de septiembre de 2009 en el Hospital Universitario Ntra. Sra. de La Candelaria (HUNSC), se le practicó bajo anestesia raquídea abordaje posterior de cadera, reemplazo articular con prótesis total de

cadera (Cotilo Trilogy 52 mms, 1 tornillo de fijación. Polietileno longevity standard. Cabeza cromocobalto -3,5, vástago Avenir nº 2).

El día 15 de septiembre de 2009, se le dio el alta hospitalaria.

3.- El interesado alega que al no mejorar de su dolencia tras la intervención y persistiendo de forma insistente los dolores que padecía, en octubre de 2014 solicitó a los facultativos del SCS que le trataban la realización de una radiografía de la cadera intervenida, la cual se le realizó el día 23 de octubre de 2014, comprobando por medio de ella que la prótesis de cadera que se le colocó en 2009 es manifiestamente de mayor tamaño a la que le correspondía (página 20 del expediente). Ello le llevó a considerar que su colocación fue errónea y que le ha producido las dolencias que padece.

Por este motivo, considera que su curación no se ha logrado y además, se le ha causado, entre otras secuelas, diversas luxaciones totales de la referida prótesis de cadera a partir del 7 de marzo de 2016, momento en el que acude por primera vez al Servicio de Urgencias del HUNSC por tal motivo (páginas 24 y 25 del expediente).

4.- El reclamante considera que las secuelas y lesiones que padece en el momento actual no sólo se deben a la negligencia cometida por los facultativos con ocasión de la intervención quirúrgica referida, en la que se le colocó una prótesis inadecuada, sino que el seguimiento y control que se ha efectuado de su dolencia hasta la actualidad ha sido deficiente y es por todo ello por lo que reclama una indemnización total de 35.000 euros, incluyendo el daño moral.

III

1. El procedimiento comenzó con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el 7 de diciembre de 2016, en el Registro General de la Delegación del Gobierno, Subdelegación de Las Palmas.

2. El Secretario General del SCS dictó la Resolución 538/2016, de 20 de diciembre, por la que acordó realizar actuaciones previas en el presente expediente a los efectos de determinar si la acción estaba prescrita, lo que dio lugar a dos informes del SIP, incorporados al expediente, en los que se consideró que la reclamación del interesado es extemporánea.

Sin embargo, teniendo en cuenta el criterio del Servicio de Normativa y Estudios del SCS, el día 24 de mayo de 2018, el Secretario General del SCS dictó la Resolución

1544/2018, por la que se admitió a trámite la reclamación formulada al considerarla presentada dentro de plazo.

3. El procedimiento cuenta con el informe del SIP (tercer informe referido a la cuestión de fondo, emitido el día 10 de julio de 2018) y el informe de Servicio de Traumatología del HUNSC.

Además, se procedió a la apertura del periodo probatorio, si bien el reclamante no propuso la práctica de prueba alguna. Asimismo, consta el trámite de vista y audiencia otorgado al reclamante, que no presentó escrito de alegaciones.

4. El día 5 de octubre de 2018 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio, que es de seis meses conforme dispone el art. 21.2 LPACAP en relación con el art. 91.3 de la misma, sin justificación para ello; pero esta demora no obsta para resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP.

5. Concurren los requisitos legalmente establecidos para ejercer el derecho a ser indemnizado previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. LPACAP).

6. En lo que se refiere a la prescripción del derecho a reclamar del interesado, procede afirmar que se ha de tener en cuenta que la reclamación del interesado se basa no sólo en la intervención quirúrgica, cuya deficiencia descubre según alega tras la radiografía realizada el día 23 de octubre de 2014, sino que entiende que el control y tratamiento de su lesión hasta la actualidad ha sido inadecuado.

Además, se deduce de sus alegaciones que las luxaciones que comenzó a sufrir a partir del mes de marzo de 2016 son el resultado directo de la intervención y del deficiente control de su patología de cadera.

Por tanto, se ha de considerar que el momento en el que ha quedado perfectamente determinado el daño físico ha sido a partir de la producción de la luxación sufrida el día 7 de marzo de 2016, que constituye un resultado dañoso que no se podía determinar en el momento de realizarse la referida intervención o cuando se efectuó la radiografía en 2014, habiendo presentado la reclamación dentro del año siguiente a tal fecha (art. 67.1 LPACAP), y por tanto dentro de plazo.

7. Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada acerca de la prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, como se hace en los Dictámenes 346/2016, de 19 de octubre y 376/2016, de 17 de noviembre, entre otros muchos, que:

«Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante, tal y como se hace en el Dictamen 103/2016, de 8 de abril, que reitera lo dicho, entre otros, en los Dictámenes 112/2014, de 2 de abril y 462/2014, de 30 de diciembre, que el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del momento en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, considerando que los tratamientos médicos posteriores no interfieren en ese cómputo, entre ellos, los tratamientos rehabilitadores y paliativos y las revisiones o controles médicos.

En este sentido, tal y como hemos razonado en nuestro reciente Dictamen 336/2016, de 10 de octubre, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 8 de octubre de 2012) que considera que, tratándose de un daño permanente, la materialización del daño con sus consecuencias se produce en el momento del diagnóstico, recordando que «como con reiteración ha manifestado la Sala, por todas la Sentencia de la Sección Sexta, de 18 de enero de 2008, existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la “actio nata”, a la que nos hemos referido, desde la determinación del alcance de las secuelas, aun cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable».

A ello añade: «En la sentencia de 10 de julio de 2012 hemos explicado el fundamento de esta doctrina: la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse siguiendo el principio de la “actio nata”, responde a la necesidad de no dar comienzo el plazo de prescripción cuando del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, que por ello no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, cual es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen, mas no resulta de aplicación cuando el daño producido resulta previsible en su determinación, y por tanto, cuantificable, pese a que permanezca el padecimiento por no haberse recuperado íntegramente la salud o quedar quebrantada de forma irreversible, momento en que se inicia el plazo para la reclamación, como aquí sucede a partir de aquella determinación del diagnóstico de la enfermedad».

Esta doctrina resulta ser plenamente aplicable a este asunto por las razones expuestas con anterioridad.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, al considerar el órgano instructor que no concurren los requisitos precisos para declarar la responsabilidad patrimonial del SCS.

Al respecto se alega que la intervención era la adecuada a su patología, realizándose correctamente, incluida la elección de la prótesis que se le colocó, y que las luxaciones que padece no traen causa de la misma, sino de los diferentes tratamientos médicos que sus patologías oncológicas requirieron, lo que supuso que perdiera sus valores musculares, favoreciendo ello la aparición de las luxaciones referidas.

2. El interesado reclama por dos motivos, como ya se expuso con anterioridad, en lo que se refiere al primero de ellos, la negligencia que alega al sustituir su cadera por una prótesis de mayor tamaño al indicado, en el informe del SIP relativo al fondo del asunto, se afirma que:

«1.- Consideramos que estudiando de forma aislada la influencia del tamaño de la cabeza femoral en la inestabilidad de cadera, no parece haber resultados concluyentes aunque sí existen firmes apoyos sobre que las cabezas de mayor tamaño actúan como elemento estabilizador de la artroplastia de cadera.

2.- Por lo tanto y a tenor de lo arriba aseverado, consideramos que lo reseñado por el dicente en el escrito de reclamación respecto del tamaño de la prótesis, no tendría por que ser un factor desfavorable, al contrario, propiciaría una mayor estabilidad de la prótesis, evitando su luxación.

3.- A tenor de los síntomas y signos detectados en la paciente en el momento de su asistencia, valoración, exploración y pruebas complementarias, en el Servicio de Traumatología y en consonancia con todo ello, se decide un diagnóstico y se pauta el tratamiento a seguir consistente en artroplastia de cadera izquierda con instauración de prótesis total de cadera. Entendemos que tal decisión fue la acertada, ajustada a la clínica que presentaba el paciente y en función de la sintomatología que refería en el momento de su atención».

Además, en el informe del Servicio se señala acerca de las radiografías efectuadas en el año 2014, en las que basa el interesado su reclamación, que «las radiografías de caderas realizadas en 2014 y 2015, no muestran alteraciones patológicas y el paciente tuvo realizada como estudio complementario, una gammagrafía que no muestra captaciones o alteraciones patológicas en la cadera

protésica y sí muestra una lesión con captación patológica en la primera vértebra lumbar, sugestiva de metástasis ósea».

3. En relación con la segunda cuestión, la referente a las luxaciones que padece a partir del año 2016, originadas a su juicio por la intervención a la que se le sometió en 2009, se informa por el Servicio que:

«En radiografía de 04/03/2016, se objetiva una luxación de la prótesis de cadera y se realiza en el mismo día, una reducción que también se objetiva en radiografía. En días consecutivos se vuelve a luxar la prótesis (7, 9, 12 de marzo/2016, 14/04/2016 04/05/2016, 25/05/2016 y 03/06/2016) y ante la inestabilidad que presenta en la prótesis, se realiza un recambio acetabular el 25/01/2017, colocando un cotilo constreñido antiluxación, que también se luxa con fecha 07/02/2017, llevando a cabo una nueva reducción abierta con recambio de los componentes móviles el 14/02/2017, habiendo conseguido tras esa cirugía, la estabilización de la prótesis de cadera.

El paciente, entre la cirugía de 2009 y los últimos controles, sufrió varias terapéuticas, incluso quirúrgicas, por las patologías oncológicas que padeció, incluyendo la realización de vertebroplastias y osteosíntesis en la columna dorso lumbar, como cirugía paliativa por metástasis y destrucción vertebral, Patología que podría explicar el dolor e incluso, por disminución de valores musculares, la inestabilidad de la cadera».

4. De todo lo anteriormente expuesto, queda acreditado que en todo momento, incluyendo la intervención quirúrgica de 2009, los servicios sanitarios dependientes del SCS actuaron conforme a la *lex artis*, realizando los seguimientos y aplicando los tratamientos médicos que las patologías del interesado requerían, poniendo a su disposición todos los medios personales y materiales con los que cuenta el SCS.

Además, el interesado no ha aportado prueba alguna que permita acreditar que la intervención se hizo de modo negligente, que el tamaño de la prótesis que se le colocó fuera el inadecuado, que el control y seguimiento de su dolencia fuera deficiente y que las luxaciones padecidas sean consecuencia de tal intervención.

5. En el reciente Dictamen de este Consejo Consultivo 425/2018, de 11 de octubre, se ha expuesto la doctrina reiterada y constante de este Organismo en la materia, señalándose que:

«En este sentido, ya se ha señalado reiteradamente por este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 62/2018, de 21 de febrero; 106/2018, de 15 de marzo; y 116/2018, de 27 de marzo), en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 24 de septiembre de 2004, 23 de septiembre de 2009, 29 de junio de 2011 y 11 de abril de 2014, entre otras muchas) que en lo relativo a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

en el ámbito sanitario, es el criterio de la *lex artis* el delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria, poniendo al servicio de los pacientes todos los medios sanitarios disponibles.

Se trata, pues, de una obligación de medios, no de resultados, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente, considerándose además que para que la pretensión resarcitoria pueda prosperar el art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria (por todos, Dictamen 316/2018, de 17 de julio), lo que resulta plenamente aplicable a este caso, pues de la documentación incorporada al expediente no se puede concluir y considerar como probada una relación de causa a efecto entre la asistencia sanitaria prestada, que se ha ajustado a la *lex artis ad hoc*, y los padecimientos por los que reclama el afectado», todo lo cual es aplicable al presente supuesto.

6. Por todo ello, procede afirmar que el interesado no ha demostrado la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del Servicio y el daño reclamado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación formulada por (...), resulta conforme a Derecho.