



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 444/2019

(Sección 1ª)

La Laguna, a 5 de diciembre de 2019.

Dictamen solicitado por el Excm. Sra. Consejera 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. 416/2019 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El presente dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La reclamante solicita una indemnización de 1.000.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación de la Sra. Consejera 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 con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por 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 16.1 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.

Por su parte, la resolución de la reclamación es competencia del Director del citado 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.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo la reclamante la condición de interesada al haber sufrido, presuntamente, un daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP].

Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues ésta se presentó el día 13 de junio de 2018, esto es, dentro del plazo de prescripción de un año señalado por el art. 67 LPACAP. Asimismo, la propia Administración Pública no aprecia extemporaneidad.

6. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver -tal y como reconoce la propia Propuesta de Resolución-, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

7. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación la citada Ley 39/2015; 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

1. La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

A este respecto, la perjudicada expone, en síntesis, los siguientes hechos (Antecedente de Hecho primero de la Propuesta de Resolución):

«. - Con fecha 15 de septiembre de 2017 acude al Urgencias del Hospital Universitario de Canarias (HUC) por sufrir fractura de tibia, tobillo y peroné de la pierna derecha. Se le colocan los huesos para ser intervenida al día siguiente, y colocar placa de titanio con 8 tornillos.

. - Tras la intervención le colocan yeso que lleva durante 25 días. Transcurrido ese tiempo, le comenta la doctora que todo está bien, y que intentara caminar con dos muletas

. - En noviembre de 2017 vuelve a consulta de control y le informan de que todo continúa bien, pero ya nota que hay algún problema en el tobillo porque siente dolor y una pequeña herida que supura

. - El día 16 de noviembre de 2017 acude a urgencias por presentar inflamación del tobillo derecho, además de supuración en la herida. Tiene fiebre y enrojecimiento de la zona. Se realiza radiografía

. - El día 21 de noviembre, en consulta y viendo la radiografía, le comentan que todo es normal, y que puede ser algún punto que se quedó dentro.

. - En consulta de 19 de diciembre de 2017 realizan nueva radiografía y le comentan que hay que ponerla en lista de espera quirúrgica para retirar la placa de titanio porque la está rechazando.

. - El día 6 de febrero de 2018, nueva radiografía y consulta. Solicita informe de su operación, pero tardan dos meses en entregárselo. En este informe consta que la placa se ha desplazado, cuando le informaron de que era un rechazo de la misma. Cuando solicita ver sus radiografías, observa que hay tres desplazados hacia afuera y uno suelto sin colocar.

. - Acude a otro traumatólogo que le confirma que no se trata de un rechazo.

. - Con fecha 22 de marzo de 2018 le avisan del HUC para ser intervenida en (...). El trato recibido en este Hospital no fue el adecuado, pues le comentan que hay un error informático

y señalan el pie izquierdo como el afectado. Vuelve al HUC donde le informan de que no existe tal error, y que consta el pie derecho. Manifiesta querer operarse en el HUC y solicita cambio de equipo médico. Este cambio de equipo no le es concedido.

.- El día 4 de abril acude al HUC, y en la solicitud de cambio de equipo escriben que solicita la negativa por escrito. Dos meses después no ha obtenido contestación».

2. Sobre la base de los precitados antecedentes fácticos, «la interesada reclama por la mala praxis en la asistencia sanitaria recibida por la fractura del pie, puesto que, aunque la vuelvan a operar y según le comentó el otro traumatólogo al que acudió, ya no dan garantías de que quede bien».

La reclamante cuantifica la indemnización pretendida en 1.000.000 de euros.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante escrito con registro de entrada el día 13 de junio de 2018, (...) insta la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

2. El día 18 de junio de 2018 se notifica a la interesada el requerimiento efectuado por la Administración Pública con fecha 14 de junio de ese mismo año, para que la reclamante aporte los medios de prueba de que pretenda valerse. Transcurrido el plazo otorgado a tal fin, la perjudicada no aporta nueva documentación o instrumento de prueba.

3. Mediante resolución de 24 de agosto de 2018 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica de la interesada. Dicha resolución es notificada a (...) el día 27 de agosto de 2018.

4. Con fecha 20 de diciembre de 2018 la interesada aporta nueva documentación que es remitida al SIP para su valoración a la hora de emitir el correspondiente informe.

5. El día 4 de julio de 2019 se emite informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (en adelante, SIP), referido a la asistencia sanitaria prestada a (...) (art. 81.1 LPACAP).

6. El día 1 de octubre de 2019, la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dicta acuerdo probatorio, admitiéndose a trámite las pruebas propuestas por la interesada (historia clínica) e incorporando -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Asimismo, y con idéntica fecha se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose a la interesada un plazo de diez días para que pueda formular alegaciones y presentar los documentos que estime procedentes.

Ambos acuerdos fueron objeto de notificación a (...) el día 3 de octubre de 2019.

7. Con fecha 16 de octubre de 2019, la interesada presenta escrito de alegaciones.

8. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, entendiendo el órgano instructor que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

2. Sin embargo, una vez examinado el contenido del expediente de responsabilidad patrimonial remitido a este Consejo Consultivo se aprecia la existencia de varias circunstancias que impiden la emisión de un juicio de adecuación jurídica respecto al tema de fondo. En este sentido, resulta oportuno formular las consideraciones que se exponen en los siguientes subapartados.

2.1. En primer lugar, se entiende que la Propuesta de Resolución no está lo suficientemente fundamentada, y mucho menos responde de forma clara a las alegaciones de la interesada, particularmente en lo que se refiere al error de diagnóstico planteado (art. 88 LPACAP). Así, es suficientemente ilustrativo lo afirmado por la propia reclamante en el escrito de alegaciones de 16 de octubre de 2019 donde, tras manifestar su desacuerdo con el contenido del informe del SIP -folio 815-, concluye interpelando a la Administración sanitaria en los siguientes términos:

«(...) quiero que ese señor me explique qué pasó conmigo, se desplazó la placa o la rechazó; que me lo conteste porque las dos cosas no pudieron pasar (...)» -folio 817-.

De esta manera, se aprecia que la Propuesta de Resolución ofrece una respuesta jurídica tangencial al asunto planteado, pero no entra a valorar adecuadamente y en detalle, el tema de fondo planteado por la interesada. En este sentido, se limita a señalar que *«respecto a la posible confusión entre si lo que se había producido era un rechazo o un aflojamiento del material, este órgano instructor entiende que, en virtud de los datos que constan en historia clínica, lo que sí fue cierto es que se produjo un aflojamiento de la placa (producida o no por un rechazo) del cual era concedora a través del DCI»* -folio 881-.

Dicho lo anterior, se ha de indicar, no obstante, que, dada la ambigua redacción del escrito inicial de reclamación (y el posterior escrito de alegaciones formulado con motivo del trámite de audiencia), el órgano instructor debió requerir a la reclamante para que aclarase los términos de su petición (art. 68 LPACAP). Dudas respecto a los términos de la reclamación que se ponen de manifiesto claramente en el informe de 16 de octubre de 2018, del Área de Cirugía Ortopédica y Traumatología -apartado segundo del informe- (folio 56 de las actuaciones).

2.2. En segundo lugar, y al hilo de lo anteriormente expuesto, se advierte de la existencia de contradicción entre diversos documentos que obran en el expediente administrativo:

2.2.1. Por un lado, el informe del SIP recoge en su Antecedente de Hecho 11º que *«el 06-02-2018, la nueva radiografía confirma que la placa de titanio se ha desplazado pero sin cambios respecto de la radiografía de diciembre de 2017. Es posible que existiera rechazo por intolerancia al material de osteosíntesis y por ello se desplazara»* -folio 45-; indicando que *«la paciente no está de acuerdo con el diagnóstico de intolerancia de material de osteosíntesis»* (Antecedente 12º del informe del SIP).

Asimismo, dentro de la *«descripción de los riesgos típicos»* (Consideración 4ª del informe del SIP), se recoge como complicación *«del tratamiento fractura/luxación o fractura articular»*, la *«reacción alérgica/toxicidad debida al material implantado»* -folio 49-.

Finalmente, el apartado de conclusiones del informe no señala nada respecto al posible rechazo por intolerancia al material de osteosíntesis, y su incidencia en el desplazamiento de dicho material.

2.2.2. Por otro lado, el apartado 2º del informe de 16 de octubre de 2018, emitido por la especialista del Área de Cirugía Ortopédica y Traumatología, viene a manifestar lo siguiente -folio 56-: *«La paciente habla en su reclamación de “rechazar la placa” como si fuera un término médico que pudiera interpretarse como infección, según la redacción de la misma, o puede que se refiera a movilización de la placa (no queda claro)».*

2.2.3. Por último, la Propuesta de Resolución establece que «respecto a la posible confusión entre si lo que se había producido era un rechazo o un aflojamiento del material, este órgano instructor entiende que, en virtud de los datos que constan en historia clínica, lo que sí fue cierto es que se produjo un aflojamiento de la placa (producida o no por un rechazo) del cual era conocedora a través del DCI» -folio 881-

2.2.4. A la vista de lo expuesto anteriormente, se hace preciso resolver la contradicción existente entre lo sostenido por el SIP y el propio órgano instructor; habida cuenta de que, mientras el primero apela a la posible existencia de un rechazo, intolerancia o hipersensibilidad al material implantado como causa del desplazamiento del mismo, el órgano instructor -sobre la base de idéntica documentación analizada- hace abstracción de dicha circunstancia, y concluye en la mera existencia de *«un aflojamiento de la placa (producida o no por un rechazo)».* A lo que habría que unir las dudas expuestas anteriormente por la especialista del Área de Cirugía Ortopédica y Traumatología en su informe de 16 de octubre de 2018 (y cuyo contenido ya ha sido reproducido anteriormente).

2.3. En tercer lugar, es oportuno advertir de las deficiencias observadas en el informe evacuado por el Servicio de Inspección y Prestaciones.

Así, se aprecia que el citado informe presenta incorrecciones (v.gr., la fecha de la segunda intervención quirúrgica se data el día 19 de febrero de 2018 -folio 45-, lo que resulta contradictorio con lo dispuesto, entre otros, en el folio 820 de las actuaciones, al indicar la fecha del 19 de noviembre de 2018 como momento temporal de retirada del material de osteosíntesis) y lagunas en el relato de Antecedentes de Hecho (especialmente, en lo que se refiere al espacio de tiempo que media entre el 6 de febrero de 2018 -Antecedente de hecho 11º- y la fecha en la que se practicó la segunda intervención quirúrgica); y que son de especial relevancia de cara al análisis del presente caso.

Dichas incorrecciones, a su vez, determinan que la propia Propuesta de Resolución incurra en error, al hacer referencia a hechos que no se corresponden con la realidad fáctica que se deduce del expediente. Así, la Propuesta de Resolución llega a concluir que la reclamante fue intervenida *«(...) el 19 de febrero de 2018, es decir, 5 meses después de la primera intervención y sólo 2 meses después de haber detectado el aflojamiento»*. Afirmación ésta que no se corresponde con la realidad de los hechos contenida en el expediente administrativo -folio 820-.

Por otro lado, el precitado informe resulta reiterativo y a la par genérico en sus conclusiones (hasta en cuatro de sus conclusiones -tercera a sexta- se viene a señalar -mediante el recurso a fórmulas estereotipadas y, por ende, sin referencia a las concretas circunstancias concurrentes- la adecuación de la prestación sanitaria a la *lex artis ad hoc*); guardando silencio sobre aspectos relevantes que él mismo plantea (significativamente, la posible intolerancia, reacción alérgica y/o toxicidad del material implantado y su posible incidencia en el devenir de los acontecimientos).

Por último, tampoco analiza la documentación y las actuaciones médicas practicadas con motivo de la segunda intervención quirúrgica (a pesar de tratarse de un informe evacuado el 4 de julio de 2019, y, por tanto, posterior en el tiempo a dicha actuación médica). Documentación que, dicho sea de paso, no ha sido remitida a este Consejo Consultivo junto con el expediente de referencia.

2.4. En cuarto lugar, y al hilo de lo expuesto en el párrafo anterior, resulta necesario clarificar -por el SIP en su informe, y a su vez por el propio servicio concernido al que aquél requiere a tal efecto- la cuestión relativa a los tiempos de espera, y, por ende, la urgencia o no de proceder a la práctica de la segunda intervención quirúrgica encaminada a la retirada del material de osteosíntesis.

A este respecto cabe indicar que el informe del SIP y el evacuado por el Área de Cirugía ortopédica y Traumatología, señalan que *« (...) la paciente presentó una complicación menor de la cirugía, que es la movilización y molestias con el material de osteosíntesis (...) que requiere nueva intervención quirúrgica pero no de forma urgente»* -folio 50-. Sin embargo, ello choca frontalmente con lo apuntado al folio 149 de las actuaciones, en donde se señala literalmente lo siguiente: *«Le molesta el extremo inferior de la placa. La piel a punto de perforarse. Fractura consolidada. Creo que debe retirarse la placa cuanto antes»*.

Asimismo, se habrá de aclarar las circunstancias que rodearon el tiempo de espera para la práctica de la segunda intervención quirúrgica y si ello pudiera ser determinante de una pérdida de oportunidad.

3. Por todo lo anteriormente expuesto, y al objeto de que este Consejo Consultivo pueda analizar convenientemente la relación de causalidad entre la prestación sanitaria dispensada y los daños por los que se reclama, se han de retrotraer las actuaciones, al objeto de que la Administración sanitaria se pronuncie expresamente sobre las cuestiones planteadas en los apartados anteriores.

Es por ello que se considera necesaria la evacuación de informe complementario por parte del Servicio de Inspección Médica y Prestaciones, en el que se clarifiquen las diversas cuestiones apuntadas en el cuerpo del presente dictamen, así como que se incorpore la documentación relativa a la intervención quirúrgica de retirada del material de osteosíntesis.

A continuación, se habrá de proseguir con la oportuna tramitación del procedimiento administrativo a través de los cauces legalmente establecidos; acordándose la apertura de un nuevo trámite de audiencia a la interesada -previo traslado del informe complementario del SIP-, y, finalmente, elaborando una nueva Propuesta de Resolución que se someterá a dictamen de este Consejo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...), se considera no conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones a los fines indicados en el Fundamento IV de este Dictamen.