



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 9 de enero de 2020.

Dictamen solicitado por la 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. 461/2019 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), por la asistencia sanitaria recibida por (...), en el hospital Nuestra Señora de Candelaria.

2. El reclamante solicita una indemnización de 19.678,19 euros, por lo que considera una práctica médica no correcta, al haber tenido durante dieciséis años los restos de un reservorio en su cuerpo, después de serle retirado éste, tras sufrir dos episodios de cáncer testicular en el año 2001 y 2002.

La cantidad reclamada en concepto de indemnización, determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería 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.

3. Resultan aplicables la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y el art. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Público (en adelante LRJSP), normativa que procede emplear, porque la reclamación fue presentada el 20 diciembre de 2017, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la LPACAP.

También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; 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; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

- La legitimación activa del reclamante, por haber sufrido daños personales como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria recibida.

- En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta el Servicio Canario de la Salud, como titular del servicio público sanitario.

5. Plazo de la reclamación.

El derecho a reclamar se ejercita antes de que haya transcurrido el plazo de prescripción de un año desde la curación (art. 67 LPCAP). La intervención ambulatoria para la retirada del cuerpo extraño se produce el 18 de diciembre de 2017; la retirada del único punto de sutura con buen aspecto y cicatrización de la herida se produce el 26 de diciembre de 2017; el alta médica tiene lugar el 17 de enero de 2018 y la reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone el 20 de diciembre de 2017.

6. El órgano competente para incoar y resolver este procedimiento 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, modificada por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de medidas tributarias, financieras, de organización y relativas al personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

A la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, 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 SCS.

II

La reclamación de responsabilidad patrimonial se fundamenta en los siguientes hechos:

«PRIMERO: (...) fue diagnosticado de un cáncer testicular en el año 2001, como consecuencia del mismo le fue colocado un reservorio que se le insertó en el tórax. Durante 8 meses permaneció con este dispositivo hasta que se lo retiraron, pero desgraciadamente en el año 2002 recae de esta enfermedad y le vuelven a colocar otro reservorio, igualmente tras unos meses lo vuelven a intervenir para retirárselo. Quedándole una cicatriz hipertrófica, una especie de callo, a nivel clavicular, a la que el facultativo no le dio importancia alguna comentándole que era consecuencia de haberle retirado el mencionado dispositivo. Estas intervenciones se las realizaron en el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria.

SEGUNDO: Recientemente, en una revisión posterior a una intervención quirúrgica de hombro, en una de las pruebas que se le realizan, concretamente en una radiografía, se percatan de la existencia de restos del reservorio. Desde el Servicio de Cirugía General del CAE en Icod de Los Vinos, la propia traumatóloga lo remite al servicio de Angiorradiología del Hospital Universitario de Canarias, como se desprende de la solicitud que se aporta de fecha 21 de diciembre de 2016, como DOC nº2 donde literalmente consta "retirada de reservorio".

En la mencionada radiografía no se aprecia bien si se trata de la totalidad del tubo que conecta la cámara metálica o parte del mismo.

TERCERO: Transcurren los meses sin que a (...) lo llamen para la consulta que se había solicitado por el CAE, por lo que el 26 de abril de 2017 acude de nuevo al Hospital del Norte y vuelven a repetir la solicitud a Angiorradiología del Hospital Universitario, como consta en el DOC n.º 3 que se adjunta consistente en el en el fax que se volvió a remitir.

Ante la insistencia de(...), que finalmente decidió acudir personalmente en fecha 20 de noviembre de 2017 al servicio de reclamaciones del Hospital Universitario, a fin de interponer la correspondiente reclamación por la negligencia sufrida y además por la tardanza en llamarlo para consulta, la administrativa se puso en contacto en ese instante con Angiorradiología y le comunicó que directamente subiese a la mencionada planta donde lo vio ese mismo día el cirujano, que le dio fecha para la intervención, fijándola para el 18 de diciembre de 2017. Se acompaña bajo el DOC n.º 4 la cita facilitada para la intervención.

CUARTO: El 18 de diciembre de 2017 (...) es intervenido quirúrgicamente en el Hospital Universitario de Canarias para retirar los restos del reservorio, como se desprende del informe que se aporta como DOC n.º 5 donde consta que se extrae cuerpo extraño concordante con datos clínicos aportados de restos de reservorio. En total le son extraídos dos restos del reservorio.

QUINTO: Mi representado ha estado 16 años con los restos del reservorio en su cuerpo, con el perjuicio estético evidente, y sobre todo con las molestias notorias que ello supone en el hemitórax anterior y en el hombro derecho, no solo al movimiento sino además cuando se exponía a cualquier contacto, siendo conductor de autobús aún más al realizar los movimientos propios de la conducción, todo sin contar con el riesgo al que ha estado expuesto todos estos años teniendo en su cuerpo esos restos que pudieron haber causado infecciones o haber dañado otros órganos.

SEXTO: Considera esta parte que para la valoración de los daños y perjuicios causados a mi principal hay que tener en cuenta los siguientes conceptos y cuantías (en atención a la edad del mi representado, 37 años):

- A pesar de que (...) se ha mostrado asintomático durante todos estos años, sin perjuicio de las molestias que ya hemos referido, lo cierto es que presentaba un material quirúrgico no previsto, ni necesario y por lo tanto procede percibir una indemnización que esta parte otorga 8 puntos = 7.389,86 euros.

- Perjuicio estético consistente en cicatriz hipertrófica y prominencia clavicular externa, otorgando 6 puntos = 5.336,30 euros.

- Intervención quirúrgica que se valora en 500 euros.

- Días a indemnizar por perjuicio personal particular. Este concepto queda por valorar en cuanto actualmente permanece de baja laboral con motivo de la intervención.

Todos estos importes se calculan provisionalmente y sin perjuicio de ulterior concreción habida cuenta que aun no se encuentra estabilizado de su lesión. está en periodo de recuperación y de baja laboral.

Se aporta como DOC n.º 6 el parte de baja».

III

1. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP), sin embargo, aún expirado éste, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

2. Principales actuaciones del procedimiento de responsabilidad patrimonial:

2.1. Se interpone reclamación de responsabilidad patrimonial el 20 de diciembre de 2017.

2.2. Por Resolución de 23 de enero 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 del interesado. A la vista de lo anterior, el

Servicio de Inspección y Prestaciones emite informe de 21 de noviembre de 2018 en el que se relata la siguiente sucesión cronológica de los hechos:

- Con motivo de padecer un cáncer de testículo, en el año 2001 en el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria (HUNSC), se le implanta en región pectoral del tórax, un reservorio subcutáneo para administración de quimioterapia endovenosa.

Este reservorio fue retirado 8 meses después.

- En el año 2002 sufre una reactivación oncológica, y se le vuelve a implantar otro reservorio para administración de quimioterapia

- Se le retira unos meses después, quedando una cicatriz hipertrófica en la zona

- En una revisión del año 2015 posterior a intervención quirúrgica de hombro, se remite a Traumatología. A través de radiografía de tórax se detecta como hallazgo casual la existencia de un resto de reservorio en región pectoral derecha del tórax, sin que haya ocasionado sintomatología alguna.

Se remite al Servicio de Angiorradiología del Hospital Universitario de Canarias (HUC) para valoración (folio n.º 257).

- Con fecha 26 de abril de 2017 acude al Hospital del Norte, donde se repite la solicitud de remisión al Servicio de Angiorradiología del HUC.

- Con fecha 18 de diciembre de 2017 se extrae cuerpo extraño concordante con dos restos de antiguo reservorio

El día 26 del mismo mes y año se retira punto de sutura.

Con fecha 11 de enero de 2018, consta en historial de Atención Primaria que la cicatriz no presenta signos inflamatorios

2.3. Con fechas 13 y 21 de diciembre de 2018 se solicita al Servicio de Inspección y Prestaciones cuantificación de la indemnización, proponiendo una cuantía por parte del órgano instructor

2.4. Con fecha 31 de mayo de 2019 se notifica al interesado Acuerdo probatorio y Trámite de Audiencia.

Transcurrido el plazo conferido, no se presentan alegaciones en contra

2.5. Con fecha 3 de julio de 2019 se requiere tanto al interesado como al HUNSC informes acerca de la retirada del reservorio en cuestión.

Con fecha 11 y 31 de julio del mismo año, se reciben informes del Servicio de Radiodiagnóstico y de Oncología Médica respectivamente, de los que se da traslado a la parte reclamante con fecha 30 de octubre de 2019.

Con fecha 13 de septiembre de 2019 el interesado aporta escrito en el que manifiesta no poder aportar la prueba que acredita que el reservorio le fue retirado en el HUNSC en el año 2002.

2.6. Con fecha 28 de octubre de 2019 la parte interesada aporta informe pericial y con fecha 8 de noviembre del mismo año, se recibe escrito de alegaciones al trámite de Audiencia.

2.7. La Asesoría Jurídica Departamental, no emite informe por haber informado asuntos similares: informe (ERP 33/09- AJS 5/12- C) que reconoció la procedencia de indemnización por cuerpo extraño (cristales) no detectado por los servicios sanitarios, concluyendo : *«Quedaron restos de cristal que posteriormente tuvieron que ser retirados mediante una segunda intervención, sin mayor secuela, intervención que no tenía el deber de soportar, es claro que concurren los requisitos de responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos establecidos en los arts. 139 y 141 de la Ley 30/1992, pues hay una relación causa efecto entre el daño de tener que ser sometida a una segunda intervención tres años después de la primera asistencia, y una antijuricidad del mismo, atribuible al CHUC, como centro hospitalario integrado en el SCS. En este caso, la actuación errónea se corresponde con la no detección del cuerpo extraño, desde octubre de 2014, hasta abril de 2015, es decir, desde que el paciente comienza a manifestar una sintomatología sugestiva de la dolencia que padecía (dolor en la zona dorsal izquierda, a la palpación existe masa dolorosa en hipocondrio izquierdo)».*

2.8. La propuesta de Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud se suscribe el 25 de noviembre de 2019.

IV

1. Como complemento a su doctrina general sobre la responsabilidad de la Administración, la jurisprudencia ha precisado las características y requisitos de tal responsabilidad cuando se trata de servicios sanitarios. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 señaló que *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin*

reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

2. Llevando esta doctrina general al caso concreto, ha de coincidirse con la Propuesta de Resolución en que la actuación sanitaria no fue conforme a la *lex artis ad hoc*, por no haberse retirado la totalidad del reservorio tras el tratamiento de los dos episodios de cáncer testicular sufridos por el reclamante entre los años 2001 y 2002, teniendo el paciente durante dieciséis años restos del reservorio en su cuerpo.

Más complejo resulta, sin embargo, la valoración del daño sufrido por el reclamante, que la propia Administración Pública en sí mismo reconoce como causado, dada la existencia de informes periciales contradictorios, contradicción que se aprecia tanto en los informes de la propia Administración, como con la valoración realizada por la pericia de parte. Ante tales circunstancias se procederá a valorar el daño conforme a las reglas de la sana crítica.

Para la valoración del daño debe tenerse en cuenta que no resulta probado que el reclamante haya tenido ninguna complicación o molestia sustancial durante este tiempo por la presencia en su cuerpo de los restos del reservorio, descubriéndose casualmente dichos restos durante una radiografía para el control de la cirugía de hombro. Los restos del reservorio, por su localización superficial y por estar compuesto de material inerte, no presentan peligro alguno, como lo demuestra el hecho de que durante dieciséis años no hay tenido infección, molestia, dolor (...) Dichos restos son de aproximadamente un centímetro de diámetro máximo, localizado en tejido celular subcutáneo, en región superior del hemitórax derecho.

El 18 de diciembre de 2017 se extrae con anestesia local, en zona de cicatriz previa, un fragmento de plástico que se corresponde con la pieza que conecta el catéter y la cápsula de los reservorios. Se finaliza con la sutura de la herida, siendo

un procedimiento ambulatorio que no requiere hospitalización, cuya duración aproximada es de treinta minutos. El 26 de diciembre se retira el único punto de sutura y se comprueba que la herida está cicatrizada, se realiza un seguimiento posterior y se da el alta médica el 17 de enero de 2018.

El perjuicio estético, de existir, se considera que ha de ser mínimo y valorarse como perjuicio estético ligero, dada su localización y por realizarse la incisión en cicatriz previa que ya existía desde la colocación del primer reservorio en el año 2001, en la que se realiza un único punto de sutura. No aparece justificado en el expediente administrativo que haya quedado algún rastro o cicatriz permanente nueva, diferente de la cicatriz preexistente, una vez finalizado el proceso de curación, lo cual es imprescindible para poder hablar de secuela.

En cuanto al daño moral, parece acertado que éste se valore sólo desde el año 2015 en que se descubre casualmente la presencia de los restos del reservorio en el cuerpo del reclamante, pero entendemos que la preocupación y el sufrimiento psíquico del paciente desde el descubrimiento de los restos del reservorio hasta la retirada efectiva de su cuerpo, ha sido minimizada por la Administración, como demuestra el hecho de que el paciente haya tenido que presentar una reclamación para que los restos del reservorio le fueran retirados, y haya tenido que pasar por la tardanza (más de dos años) y la molestia de la intervención y su seguimiento posterior. Por ello, la cantidad de la indemnización en concepto de daño moral de carácter subjetivo, se ha de conceder en la cantidad indicada por el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de 18 de diciembre de 2018 y que asciende a 2.645,23 euros, al ser una cantidad razonable.

En consecuencia, salvo en la cantidad a indemnizar por daño moral, ha de considerarse ajustado a Derecho el cálculo indemnizatorio de la Propuesta de Resolución, por lo que el total a abonar al reclamante ascenderá a la cantidad de 3.285,23 euros.

3. A la cantidad total procedente en concepto de indemnización, se le ha de añadir, por mandato del art. 34.3 LRJSP, la actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al Índice de Garantía de Competitividad fijado por el Instituto Nacional de Estadística y los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por (...) contra el Servicio Canario de la Salud, es conforme a Derecho, si bien la cuantía debe ascender a la cantidad señalada en el Fundamento IV de este Dictamen.