



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 3 9 / 2 0 2 0

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 18 de septiembre de 2020.

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. 355/2019 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 (PR), 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. Se considera que, de estimarse la reclamación por los daños alegados, la cuantía indemnizatoria excede de 6.000 euros, por lo que la solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimado para solicitarlo el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. El órgano competente para instruir y resolver de 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.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el Servicio Canario de la 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) porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma. También son aplicables la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), 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. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, teniendo en cuenta el escrito de reclamación y los distintos informes médicos incorporados al expediente, los más relevantes son los siguientes:

La interesada de 57 años de edad en el momento de los hechos acudió el día 7 de abril de 2019 a su Centro de Atención Primaria por la caída que había sufrido previamente y que le había dañado su mano izquierda. A la exploración se describió dolor a la palpación de articulación radiocubital distal y estiloides radial, pero sin que se apreciara deformidad o crepitancia, siendo remitida al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín para valorar y descartar una posible fractura radiocubital.

En dicho Servicio se le realizó radiografía de muñeca izquierda, sin que el facultativo que le atendió observara signos de fractura desplazada ni de deformidad, el cual tras considerar que la paciente presentaba contusión en muñeca izquierda le indicó aplicar frío local, analgésico-antiinflamatorio (Enantyum), reposo, control por su médico de Atención Primaria y volver en caso de empeoramiento.

2. El día 9 de abril de 2018 acudió a su médico de Atención Primaria nuevamente, portando vendaje de crepé (vendaje elástico) y presentando clínica que le hizo sospechar la presencia de fractura distal de radio de muñeca izquierda: dolor, mucho edema (hinchazón), discreta deformidad en el tercio distal del radio e impotencia, con dolor a la pronosupinación y marcado dolor a la palpación. Dicho doctor, después de estudiar la misma radiografía realizada el día 7 de abril de 2018 en el referido Hospital, apreció fractura incompleta, impactada no desplazada de

cabeza (tercio) de radio izquierdo y dada la clínica de la paciente le prescribió antiinflamatorio, analgésico y medidas para reducir el edema (inflamación) y la citó al día siguiente para repetir radiografía e inmovilizar con escayola.

Al día siguiente se le efectuó una radiografía de control de la muñeca izquierda donde se observó la misma fractura incompleta y no desplazada del tercio distal de radio izquierdo y se le inmovilizó con férula de yeso por 30 días, además de indicarle reposo con el brazo en alto.

3. Posteriormente, se le realizó seguimiento de su proceso el cual transcurrió con una evolución favorable y en el que la propia paciente comunicó sentirse mejor en la visita a su médico de Atención Primaria, efectuada el día 23 de abril de 2018.

El día 18 de mayo de 2018 le fue retirada la férula, con buen resultado, continuando de baja laboral para la recuperación completa de la movilidad tras la inmovilización de la muñeca. A partir de la retirada de la férula la paciente no volvió a consulta por síntomas relacionados con la muñeca. El alta definitiva de ese proceso de incapacidad temporal (IT) fue emitida en fecha 26 de junio de 2018.

4. Así mismo, se hace constar en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS que *«La paciente que tenía un trastorno de ansiedad generalizado inicialmente relacionado con cuestiones laborales, diagnosticado desde hacía 10 meses y por el cual aún estaba en tratamiento farmacológico, vuelve a manifestar a su médico de AP en fecha 28/05/18 misma sintomatología [ansiedad, se siente estancada, persiste angustia, dolor de estómago (...)] que la que ya tenía desde entonces, si bien de forma intermitente se intensificaban los síntomas (11/10/17) o mejoraban (28-11-17 / 27-03-18). Dado que dicho trastorno diagnosticado desde entonces no tenía una evolución de estabilidad hacia la mejoría la paciente fue derivada a la Unidad de Salud Mental (USM) en donde ha recibido seguimiento psicoterapéutico dado que según el informe de la propia USM (05/09/18) la paciente ha organizado mecanismos evitativos de afrontamiento que afectan a su vida laboral».*

5. La interesada considera que la asistencia sanitaria que se le prestó en el Centro hospitalario referido el día 7 de abril de 2018, fue del todo deficiente, puesto que el facultativo que le atendió emitió un diagnóstico erróneo, ya que, pese a los claros resultados de la radiografía que se le realizó, no se constató la fractura distal de radio de la muñeca izquierda, lo que sí hizo el médico de Asistencia Primaria el día 9 de abril de 2018, con base en esa misma radiografía.

Además, la interesada adjunta a su reclamación un escrito de la doctora responsable de la Atención al Usuario del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín en el que consta que, tras recabar información del Jefe del Servicio de Traumatología y del Coordinador de Emergencias de dicho Hospital, se le pide disculpas por el error de diagnóstico dado el día 7 de abril de 2018 y se le informa que fue valorada por un médico de familia en formación, es decir, un residente (página 2 del expediente).

6. La interesada reclama indemnización por el daño físico padecido, en concreto por las secuelas de su enfermedad así como por el daño moral que le supuso los dolores que durante días tuvo que soportar y que agravaron su patología mental previa que cuantifica en 40 euros por cada día de baja, 6.000 euros por secuelas y 6.000 euros por el mencionado daño moral.

III

1. El procedimiento comenzó a través de la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el día 21 de junio de 2018.

El día 13 de agosto de 2018, se dictó la Resolución núm. 2.224/2018 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación de la interesada.

2. En lo que se refiere a su tramitación, el procedimiento cuenta con el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) y el informe del Servicio de COT y Traumatología del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, periodo probatorio y del trámite de vista y audiencia otorgado a la interesada sin que presentara escrito de alegaciones.

3. El día 23 de agosto de 2019 se emitió una primera Propuesta de Resolución, junto con un borrador de la Resolución definitiva e informe de la Asesoría Jurídica Departamental y el día 20 de septiembre de 2019 se emitió una segunda Propuesta de Resolución.

4. A través del escrito de este Consejo Consultivo, de 14 de octubre de 2019, se solicitó diversa información complementaria al SCS, con carácter previo a la emisión del preceptivo dictamen, emitiéndose convenientemente los nuevos informes solicitados (informe complementario de la doctora (...) y segundo informe del SIP). Después de ello, el 10 de diciembre de 2019 se acordó un nuevo trámite de vista y audiencia, sin que la interesada presentara escrito de alegaciones.

Por último, el día 13 de julio de 2020, se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio, sin justificación para ello; no obstante, como se ha dicho, esta demora no impide resolver expresamente [arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP].

5. Concurren los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. LRJSP).

IV

1. La Propuesta de Resolución, nuevamente, desestima la reclamación efectuada, puesto que el órgano instructor considera que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del SCS.

Además, al respecto se continúa afirmando que el hecho de que se tardara tres días en inmovilizarle la muñeca dañada, tras producirse la lesión, no tuvo repercusión negativa sobre la evolución posterior de la misma y que el agravamiento de su patología mental se debió exclusivamente a sus problemas de carácter laboral y no a la evolución de su lesión de muñeca.

2. Este caso se centra en la actuación médica acontecida el día 7 de abril de 2018, en la que, según alega la interesada, el médico que la atendió en su Centro de Atención Primaria, tras efectuarle una radiografía sin que observara signos de fractura desplazada ni de deformidad en su mano izquierda, le indicó aplicar frío local, analgésico-antiinflamatorio (Enantyum), reposo, control por su médico de Atención Primaria y volver en caso de empeoramiento, lo que para ella supone un error de diagnóstico claro ya que lo que realmente padecía era una fractura radiocubital en su mano izquierda, como fue confirmado por los doctores que la atendieron el día 9 de abril de 2018, que con base en esa misma radiografía emitieron el diagnóstico correcto, fractura radiocubital.

Pues bien, el error de diagnóstico acontecido el día 7 de abril de 2018, es más que evidente y queda suficientemente demostrado, primeramente, por el primer informe del SIP, basado en el informe del Servicio, (página 32 del expediente), en el que se afirma que:

«Según el informe del Jefe de Servicio de Traumatología la imagen de la radiografía realizada a la paciente en fecha 07/04/18 se corresponde con una fractura incompleta de la extremidad distal del radio sin desplazamiento ni compromiso de la superficie articular, es decir en la práctica una lesión de estas características que sólo afecta a parte del espesor del

hueso puede considerarse una fisura. Lesión esta que durante todas las exploraciones realizadas en ningún caso manifestó signos de gravedad (no hubo afectación vascular ni compromiso neurológico). La línea de fractura incompleta era estable, es decir no se espera, aún sin inmovilización, que se desplace y por tanto no puede haber lesión de estructuras vecinas».

Por tanto, queda probado que la radiografía, efectuada el día 7 de abril de 2018, mostraba sin duda alguna la presencia de una fractura radiocubital que el médico que la atendió no fue capaz de ver pese a ello.

Pero, además, el error de diagnóstico queda también demostrado por el escrito que le remitió a la interesada la doctora (...), responsable de la Unidad de Atención al Usuario del Hospital referido, reconociendo tal error de diagnóstico y pidiéndole disculpas a la interesada, haciéndolo en los siguientes términos:

«Efectivamente pedirle disculpas por el error de diagnóstico, dado que en la radiografía de 7 de abril se puede apreciar la fractura de radio impactada pero no desplazada, el tratamiento de inmovilización sí se realizó 72 horas a posteriori no cambia el pronóstico.

Comunicarle que el día 7 de abril fue valorada por un médico de familia en formación, es decir un residente. Este hospital tiene médicos especialistas en formación que realizan guardias en el servicio de urgencia, bajo la supervisión de médicos adjuntos».

3. Por todo ello, queda probado el mal funcionamiento del Servicio que se concreta en el error de diagnóstico dado por el residente en formación y supervisado deficientemente por el médico adjunto responsable.

Sin embargo, para poder imputar a la Administración sanitaria la responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo es preciso no sólo acreditar la existencia de tal funcionamiento inadecuado, sino que se debe acreditar que el mismo haya causado a la interesada un daño que sea efectivo y evaluable económicamente (art. 32.2 LRJSP) y, sin embargo, ello no se ha logrado en este caso por dos razones.

En primer lugar, porque el retraso en tres días del diagnóstico correcto y la consiguiente inmovilización de la extremidad afectada no influyó en modo alguno en la buena evolución de su lesión y en el resultado final que fue satisfactorio al lograrse la plena curación de la lesión de la interesada, además, en un periodo de tiempo adecuado.

Así, en el segundo informe del SIP, al igual que en el primero, se afirma que *«Por consiguiente, el hecho de que la paciente, que ya estaba con tratamiento e inmovilización con vendaje elástico, se le pusiera la férula de yeso tres días después de presentar la fractura no tuvo repercusión negativa sobre la evolución de la misma, que sanó*

adecuadamente sin dejar secuelas, pasando por las etapas evolutivas de dicho proceso que son la inflamación, la reparación y posteriormente la remodelación. Asimismo, en nuestra opinión, recibió el tratamiento conveniente, teniendo la paciente la oportunidad de una evolución satisfactoria en el período esperado».

En segundo lugar, la interesada alega que el error de diagnóstico agravó su patología mental previa y ello no está demostrado de modo alguno, pues, si bien puede ser cierto que el sufrir una lesión como la referida la pudiera agravar *per se*, se ha de tener en cuenta que ello se produjo de forma accidental y a través de un hecho del todo ajeno al SCS y, además, lo que no es cierto es que el retraso en 72 horas haya influido en el agravamiento de su enfermedad mental, pues no ha aportado ningún elemento probatorio que demuestre la realidad de tal aseveración.

4. En conclusión, es cierto que ha habido un mal funcionamiento del Servicio, pero no lo es que el mismo le haya causado un daño físico o mental a la interesada, pues no influyó de modo alguno en el correcto tratamiento médico que se le dispensó y que dio lugar a una evolución y resultado final de dicho tratamiento completamente satisfactorio, sin que la interesada haya demostrado lo contrario mediante medio probatorio alguno.

5. Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante, como por ejemplo se hace en el reciente Dictamen 302/2020, de 23 de julio, que:

«3. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, en relación con la obligación de medios que le corresponde a la Administración sanitaria y el criterio de la lex artis como delimitador de los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre, 69/2019, de 28 de febrero, 341/2019, de 3 de octubre y 442/2019, de 28 de noviembre), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al

hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la lex artis, (...)

Por lo tanto, el criterio de la lex artis determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la lex artis, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

4. También hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 87/2019, de 13 de marzo), que según el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -norma no aplicable al presente caso, pero similar al art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-, 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. Conforme dispone el art. 77.1 LPACAP en concordancia con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), 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 LEC, conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)», doctrina que resulta aplicable al presente asunto en virtud de lo afirmado anteriormente.

6. Por todo lo expuesto, procede afirmar que no concurren la totalidad de los requisitos precisos para poder imputar a la Administración sanitaria la responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, objeto de este Dictamen, que desestima la reclamación, es conforme a Derecho en virtud de lo razonado en el Fundamento IV.