



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 3 4 / 2 0 2 0

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 11 de diciembre 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. 494/2020 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. En este asunto la cuantía reclamada asciende a 48.690,75 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.

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 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

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

de las Administraciones Públicas (LPACAP). 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 citada Ley 11/1994 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, en la reclamación formulada por el interesado se hace constar:

- Que en 1998 sufrió un accidente laboral en su país de origen, Alemania, que le ocasionó la amputación de la pierna izquierda a la altura de la rodilla. En 2013 trasladó su residencia a la isla de Tenerife.

- En el año 2016 comenzó a padecer fuertes dolores en el muñón de la pierna amputada, especialmente, cuando hacía uso de prótesis en la misma para caminar, lo que ocurría diariamente, motivo por el que acudió al Hospital Universitario de Ntra. Sra. de Candelaria (HUNSC), siendo tratado por un cirujano plástico que le informó que era preciso intervenirle quirúrgicamente el muñón de la pierna izquierda, lo que debía hacerse dentro del plazo de un año.

- El día 5 de noviembre de 2017 se produjo un primer intento de llevar a efecto la cirugía indicada, pero estando ya en el quirófano se suspendió la misma por un problema con la anestesia, retrasándose hasta el día 23 de diciembre de 2017, cuando se efectuó de forma efectiva.

- En febrero de 2018 inició tratamiento rehabilitador. Sin embargo, en mayo de 2018, tras ella, comenzó nuevamente a sufrir fuertes dolores en el muñón de su pierna izquierda, por lo que acudió en junio de 2018 a una nueva consulta facultativa, y se decidió efectuarle una resonancia magnética, en virtud de la cual se le diagnosticó la presencia de dos neuromas benignos en su muñón y de un pico de hueso sobrante, patologías causantes de los dolores que padecía.

- En junio de 2018 el mismo facultativo que le atendió le comentó que era preciso reintervenirlo con urgencia y, mientras, fue remitido a la unidad de dolor del HUNSC, donde le aplicaron un primer tratamiento de tres inyecciones contra el dolor y, tras el mismo, se le prescribió regularmente morfina.

- Sin embargo, pese a todo ello, el interesado alega que, hasta la fecha de la presentación el SCS (26 de septiembre de 2019), no se le ha comunicado cuando se le va a realizar la intervención, que el facultativo que le trata calificó como urgente.

- El interesado reclama una indemnización total 48.690,75 euros, pues el retraso indebido en efectuarle una intervención urgente, que todavía espera, le ha causado graves daños, que resume en la pérdida de calidad de vida, ya que no solo tiene que soportar fuertes dolores, sino que ya no puede andar con su prótesis y debe utilizar una silla de ruedas, que ha tenido que abonar, al igual que su tratamiento con morfina, sufriendo otras lesiones por todo ello, tales como una hemiparesia izquierda y problemas en el túnel carpiano de su mano derecha, incluyendo, además, entre los gastos, un futuro tratamiento de rehabilitación en un centro médico privado, al que deberá someterse tras la intervención quirúrgica que está esperando.

2. Para la adecuada comprensión del hecho lesivo, sin embargo, es conveniente transcribir, en este caso, siquiera parcialmente, el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS (SIP), en el que, además, se incluye la evolución del paciente, tras los hechos descritos por el mismo en su escrito de reclamación:

«A.- Paciente varón, fecha de nacimiento 05.08.70, con antecedentes de:

- Hemiparesia izquierda a los 25 años. Amputación suprageniana de miembro inferior izquierdo (MII) en 1998, a los 28 años. Sorprende la referencia a su profesión, policía nacional en Alemania en cuyo ejercicio se originó la lesión que finalmente conllevó la amputación, con un diagnóstico previo de hemiparesia izquierda a los 25 años.

- Dolor hombro derecho y cuello desde diciembre 2013, que en estudio neurofisiológico de 18.10.16 determinó: 1. Atrapamiento del nervio mediano a nivel del carpo, de intensidad leve en el lado izquierdo y de intensidad severa en el lado derecho, asociado al diagnóstico del punto 2.

2. Una radiculopatía cervical, a nivel C6-C7, de predominio derecho, de intensidad leve y de evolución crónica (...), Por tal circunstancia, esto es la afectación de hombro y brazo derecho, inició desde el 14 de diciembre de 2016 tratamiento con radiofrecuencia a cargo de la Unidad del Dolor.

- Por parte del Servicio Canario de la Salud se ha facilitado al reclamante desde el año 2014: Prótesis de miembro inferior y sillas de ruedas eléctrica, así como renovaciones de artículo ortoprotésicos.

- Obesidad, 18.07.14: 91 Kg IMC 31,12. 95 Kg en la valoración preanestésica del 19.11.19

B.- Por problemas para adaptación de la prótesis de MII, precisó regularización del muñón. Ingresa el 21.12.16 en el HUNSC, para someterse al día siguiente a intervención quirúrgica a cargo de Cirugía Plástica consistente en osteotomía distal, remodelación de partes blandas del muñón de MII y dermolipectomía crural. Causa alta hospitalaria el 28.12.16. El reclamante erróneamente menciona estos hechos referidos al año 2017. Realiza tratamiento rehabilitador desde el 9 de enero de 2017 hasta julio del mismo año.

C.- En consulta de Atención Primaria consta en enero 2017: “Acude con su esposa (...) Está en silla de ruedas. Refiere tener reconocido grado I de dependencia desde 2007 en Andalucía. (...) También tiene reconocida una discapacidad del 50% desde esa misma fecha, (...) Hago solicitud de revisión de grado de dependencia (...) necesita alguien que le apoye en el aseo personal, (...)” Consulta en Atención Primaria del 25.01.17: “(...) dependiente para las actividades de la vida diaria (AVD) (...)”

D.- Atendiendo a las distintas patologías que presentaba referidas al miembro superior derecho y raquis cervical, así como al muñón en MII, permanece en seguimiento por Cirugía plástica, Traumatología, Neurocirugía, Neurología, Rehabilitación, Unidad del dolor, (...).

E.- 26.02.18 Resonancia Magnética MII: imagen compatible con neuroma ciático distal izquierdo, cambios inflamatorios postquirúrgicos.

Los neuromas son masas benignas compuestas por axones, células de Schwann, vasos sanguíneos y fibras, que surgen como intento de regeneración neural de un nervio tras amputación. Generalmente asintomáticos, pero pueden producir dolor desencadenado por estímulos externos, dificultando el uso de prótesis y movilidad del miembro amputado.

El neuroma es una de las complicaciones con mayor incidencia después de una amputación. Respecto a los tratamientos posibles para el dolor del muñón secundario a un neuroma, se han visto respuestas satisfactorias con la utilización de técnicas mínimamente invasivas como la ablación química con alcohol y la ablación con Radiofrecuencia. Como última opción se encuentra la exéresis quirúrgica del neuroma, que presenta buenos resultados sobre el dolor a pesar de tener una alta recurrencia de las lesiones.

F.- Unidad del dolor: Informe evolutivo consulta del 26.6.2018: “(...) Aporta RMN partes blandas: Neuroma ciático distal. Cambios posquirúrgicos Vs osteomielitis de muñón, valorar clínicamente. Actualmente persiste con dolor en hombro derecho irradiado hasta la mano derecha. Hipoestesia en la mano, con limitación funcional. Empeoramiento clínico por la noche. Valorado por Neurocirugía: Se desestima intervención quirúrgica, recomendándose optimización de manejo conservador incluyéndose RHB. También presenta parestesias en muñón (sometido a remodelación del muñón sobre amputación), pero dice que las molestias son soportables. Valorado por COT: se encuentra pendiente en lista de espera para exéresis del neuroma (...)”.

G.- 17.10.18: Dolor en rodilla derecha. Cayó en un hoyo no señalizado en la carretera, se golpeó en la rodilla presentando dolor a la flexoextensión y palpación. Isla del Hierro. Valorado en Hospital Ntra. Sra. de los Reyes por Traumatología se diagnostica esguince de rodilla derecha.

H.- Atendiendo a las distintas patologías que presentaba referidas al miembro superior derecho y raquis cervical, así como al muñón en MII, en noviembre de 2018 inicia tratamiento con analgésico opioide para el tratamiento del dolor crónico intenso: Tapentadol (palexia retard 25 mg).

I.- Se hace constar que en la consulta de atención primaria, el motivo de consulta en todos los casos 2018-2019 guarda relación exclusivamente con la patología cervical y de miembro superior derecho. No existe mención al muñón en MII.

J.- 06.11.19: Nuevo electromiograma, con los hallazgos ya conocidos en el estudio neurofisiológico de miembro superior derecho el 18.10.16: Síndrome de túnel del carpo de intensidad muy severa en el lado derecho. Radiculopatía C6 C7 derecha de evolución crónica que afecta al nervio mediano derecho.

Por el doble atrapamiento nervioso cervical y túnel del carpo Miembro superior derecho, por parte del especialista en Traumatología, en consulta del 10.02.20, consta: "(...) Explico las opciones terapéuticas y la posibilidad de no mejorar del todo por el doble atrapamiento. Acepta la cirugía. Anoto en Lista de espera (...)” Tras intentar localizarlo en marzo de 2020 en tres ocasiones sin resultados, ha sido citado en septiembre de 2020 en centro concertado Hospital Quirón para cirugía traumatólogica sDr. Túnel carpiano.

K.- 18.11.19 ingresa en el HUNSC a cargo de Cirugía plástica para remodelación del muñón en MII y extirpación del neuroma al día siguiente y causa alta hospitalaria el 21.11.19.

10.04.20: Servicio de urgencias del HUNSC por dolor en muñón. Tras sucesivas revisiones y tratamiento rehabilitador, en consulta de Cirugía plástica del 8 de junio de 2020 se cursa alta: Muñón estable, sin molestias, usando prótesis con normalidad».

III

1. El procedimiento comenzó el día 26 de septiembre de 2019, a través de la presentación de la reclamación efectuada por el interesado, acompañada de diversa documentación.

2. El día 20 de marzo de 2020, se dictó la Resolución núm. 700/2020 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se admitió a trámite la reclamación formulada por el interesado.

3. El presente procedimiento cuenta con el informe del SIP y con el informe del Servicio de Cirugía Plástica del HUNSC. Además, se acordó la apertura de la fase probatoria, sin que se solicitara la práctica de prueba alguna, y se le otorgó el trámite de vista y audiencia al interesado, quien no presentó escrito de alegaciones.

Por último, el día 10 de noviembre de 2020 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio, lo que no obsta para resolver expresamente al existir deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los económicos que pudiera comportar (art. 21 LPACAP).

IV

1. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación efectuada, pues el órgano instructor considera que concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial reclamada, si bien no se está de acuerdo con la valoración de los daños efectuada por el interesado.

En dicha Propuesta de Resolución se afirma que es indudable que el retraso en la realización de la referida cirugía, que se alargó injustificadamente, le ocasionó al interesado padecimientos y dolor, producidos por neuromas que presentaba, que no tenía el deber de soportar, si bien no se produjo un agravamiento de las patologías del reclamante y tampoco existía una prioridad alta para someterse a la intervención, circunstancias que se han tenido en cuenta en la valoración final del daño.

2. Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante acerca de la obligación de medios que le es propia a la Administración sanitaria, por ejemplo, en el reciente Dictamen 468/2020, de 12 de noviembre:

«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*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).*

*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)».*

En este asunto, teniendo en cuenta dicha doctrina, procede afirmar que ha habido un incumplimiento de la obligación de medios que le es propia al SCS, lo que determina la existencia de relación de causalidad entre el mal funcionamiento del servicio y el daño reclamado por el interesado.

En este caso, en efecto, ha resultado acreditado el deficiente funcionamiento de los servicios sanitarios, dependientes del SCS, que se alega por la propia Administración, pues una vez que los doctores detectaron que el origen de los fuertes dolores que el interesado padecía en el muñón de su pierna izquierda residía en la presencia de neuromas en la misma, lo que se produjo tras la resonancia magnética efectuada el día 26 de febrero de 2018, no se le intervino quirúrgicamente hasta el día 18 de noviembre de 2019, pese a que se tenía constancia de que los tratamientos farmacológicos instaurados para paliarlos no eran eficaces, afectando todo ello de forma indudable a su calidad de vida, tal y como consta en el informe del SIP.

Demuestra ello, y la Administración así lo reconoce, el mal funcionamiento del servicio, así como también, que, a causa de ello, se han irrogado unos dolores y padecimientos al paciente que no tiene el deber de soportar.

Ciertamente, no puede dejar de tenerse presente el buen resultado de la cirugía que finalmente se le realizó, pues consta en el informe del SIP que *«Tras sucesivas revisiones y tratamiento rehabilitador, en consulta de Cirugía plástica del 8 de junio de 2020 se cursa alta: Muñón estable, sin molestias, usando prótesis con normalidad»*. Y, asimismo, que el interesado padecía con anterioridad a los hechos varias patologías, las de carácter neurológico y la del túnel carpiano, tal y como igualmente se hace constar en la cronología de los hechos relatados por el SIP en su informe.

Sin embargo, también se deduce con claridad del historial médico y de dicho informe del SIP que algunas de sus lesiones previas, especialmente la del túnel carpiano, que incluso requirió de cirugía para su curación, sí se exacerbó durante el tiempo que no pudo utilizar su prótesis, esperando por la cirugía que necesitaba practicarse.

3. En cuanto a la indemnización que le corresponde al interesado, en el informe del SIP se afirma:

«Sobre la cuantificación de la indemnización solicitada:

-Pérdida de la independencia: 36.500 €. No procede. Consta que desde la consulta en Atención Primaria del 25.01.17 el reclamante solicita revisión de grado de discapacidad por ser: “ (...) dependiente para las actividades de la vida diaria (AVD) (...) ”

-Silla de ruedas y material ortopédico: 2.867,75 €. No procede. La prestación ortoprotésica hasta enero de 2020 estaba regulada en el ámbito del Servicio Canario de la Salud por la Orden de 9 de febrero de 2004, por la que se aprobó el Catálogo General de Material Ortoprotésico en la Comunidad Autónoma de Canarias y quedaron establecidas las condiciones de prescripción, acceso a esta prestación y financiación de los artículos ortoprotésicos incluidos en el Catálogo General.

Por parte del Servicio Canario de la Salud se ha facilitado al reclamante desde el año 2014: Prótesis de miembro inferior y sillas de ruedas eléctrica, baterías para la silla, etc. así como sus renovaciones y cambios de artículo ortoprotésicos en las cuantías establecidas. Aquellos artículos no incluidos en el Catálogo no serán susceptibles de financiación.

Por otra parte, las facturas de ortopedia que se presentan se corresponden con su afectación, amputación MII al menos desde su estancia en Canarias año 2013 es decir no se

considera que estén relacionadas con las consecuencias de la espera quirúrgica toda vez que consta de su existencia, renovación, con carácter previo.

- Gasto farmacéutico: 30 €. No procede. El gasto farmacéutico se corresponde con la aportación económica por tipo de usuario que le corresponde. Conforme al RDL 16/2012 de 20 de abril de 2012, de sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: la cartera común suplementaria incluye aquellas prestaciones cuya previsión se realiza mediante dispensación ambulatoria y está sujeta a aportación del usuario. (Prestación farmacéutica, prestación ortoprotésica, prestación con productos dietéticos y transporte sanitario no urgente).

- Consulta de rehabilitación en servicios privados y gastos futuros de rehabilitación: 95 + 9.200 €. No procede. La Rehabilitación de pacientes con déficit funcional recuperable, se encuentra incluida dentro de las prestaciones de la cartera del SNS. Comprende los procedimientos de diagnóstico, evaluación, prevención y tratamiento de pacientes con déficit funcional, encaminados a facilitar, mantener o devolver el mayor grado de capacidad funcional e independencia posible al paciente, con el fin de reintegrarlo en su medio habitual.

La decisión de acudir a servicios privados no justifica sin más que dichas cantidades sean reintegradas ni que se computen unos gastos futuros, siendo un tratamiento cubierto por el servicio sanitario público.

4.- No obstante, lo anterior entendemos que, a pesar del retraso en la cirugía y sabiendo que el resultado actual sería el mismo, con la realización de la intervención en plazo inferior se hubiera evitado al reclamante las molestias que padecía durante ese tiempo. Por ello, ha de entenderse que el dolor padecido por el reclamante hasta la intervención quirúrgica sí encuentra relación de causalidad con la demora en la lista de espera, constituyendo un daño por el que debe ser indemnizado.

Dado que no existen baremos para la determinación de indemnizaciones por estos daños, debiendo establecerse en función de las circunstancias del caso estimamos adecuada una indemnización de 3.000 euros por los daños consistentes en las molestias y daños morales sufridos durante los meses de exceso en lista de espera para la cirugía de MII».

Se trata, sin duda, de una valoración suficientemente pormenorizada la que se hace en el informe del SIP; y cuya adecuación no es contradicha por el interesado a través de otra valoración médico pericial u otro elemento probatorio al efecto. Sin embargo, la cuantía indemnizatoria establecida a resultas de ella en 3.000 euros no se considera que alcanza a compensar del todo el daño realmente ocasionado, pues prescinde del agravamiento de sus lesiones previas al que se hizo mención con anterioridad, y habida cuenta del largo tiempo que hubo de padecer dolores -y consiguiente tratamiento en la unidad del dolor así como tratamiento analgésico con

opioide- y limitación mayor de movimiento al no poder utilizar la prótesis y hacer uso de silla de ruedas por ello (desde febrero de 2018 que se pauta intervención hasta noviembre de 2019 que se realiza, transcurre en exceso el tiempo pautado como de respuesta en estas situaciones); por lo que procede incrementar la cuantía reconocida por la Administración hasta alcanzar la cifra de 20.000 euros, una cantidad, que, por lo demás, habrá de actualizarse, con referencia al día en que cesó el efecto lesivo, a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, tal y como señala el art. 34.3 LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, objeto de este Dictamen, que estima parcialmente la reclamación, no es conforme a Derecho en virtud de lo razonado en el Fundamento IV de este Dictamen, debiendo incrementarse la cuantía indemnizatoria en la cantidad indicada en dicho Fundamento.