



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 6 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 8 de marzo de 2023.

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 (...), actuando en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 43/2023 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 23 de enero de 2023 (con registro de entrada en este Organismo el 30 de enero), se solicita dictamen de este Consejo Consultivo al objeto de examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por el Secretario General del Servicio Canario de la Salud (SCS), como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. El reclamante solicita en su escrito de reclamación ser indemnizado con un montante que superaría los 6.000 euros, lo que determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Consejero para solicitarlo, siguiendo los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), 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. En el presente asunto se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar del afectado, por la presunta actuación negligente del SCS [art. 4.1.a) LPACAP].

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del SCS, 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.

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 SCS, se delega en la Secretaría General del SCS la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el SCS.

5. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación, además de la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; así como la antes mencionada también Ley 11/1994, entre otras.

6. La reclamación se ha presentado dentro del plazo de un año que la Ley establece, de acuerdo con el art. 67 LPACAP.

II

1. En el escrito de reclamación presentado por el afectado en fecha 29 de noviembre de 2019, se expresan las siguientes alegaciones:

« (...) El 18.12.2018 (...) sufrió una caída causándose un fuerte golpe por el que fue atendido en el Hospital DR José Molina Orosa ("el Hospital").

Allí, tras las pruebas oportunas, se le realizó una reducción cerrada y osteosíntesis percutánea con 3 tomillos.

Fue dado de alta el 21.12.18.

Al día siguiente el paciente experimentaba considerables dolores en la zona por lo que regresó nuevamente al hospital, donde tras ser examinado fue dado de alta sin tomarse ninguna medida terapéutica. Únicamente se advierte al paciente que en caso de empeoramiento acuda a urgencias.

El 8 de enero de 2019 acude nuevamente por dolores. Se le objetiva protusión del material de osteosíntesis.

El 15.01.19 se le retiran los tres tomillos y se coloca prótesis de cadera.

Durante el tallado del canal femoral se produce fractura marginal del trocánter (existía daño por entrada de los tomillos canulados).

Se adjunta como DOCUMENTO Nº 2 el historial del Hospital que consta en poder paciente

SEGUNDO.-

Esta parte entiende que ha habido una actuación negligente por parte del Hospital tanto en lo relativo a la reducción y colocación del material de osteosíntesis el 18.12.18, así como un error de diagnóstico pues finalmente le fue colocada una prótesis el 15.01.2019 que pudiera haber sido necesaria desde el momento de la caída el 18.12.18

TERCERO.-

Se señala expresamente que todavía no es posible cuantificar la reclamación en términos económicos pues se está pendiente de recibir informe al respecto dada la reciente consolidación de las lesiones (...) ».

El afectado adjunta diversa documentación médica al expediente a efectos probatorios.

2. Con fecha 3 de diciembre de 2019, se requiere al reclamante para que proceda a la subsanación y mejora de la solicitud presentada, mediante la aportación al expediente de distinto documental para la realización de las comprobaciones oportunas en relación con los hechos alegados y a efectos aclaratorios, de acuerdo con los arts. 66,67 y 68 LPACAP.

3. Mediante Resolución de 29 de junio de 2020, el Director del SCS admite a trámite la reclamación presentada, acordando la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y la realización de cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al procedimiento que se tramita.

4. Con fecha 24 de mayo de 2022, en Registro Interno, consta emitido el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones del SCS (SIP), en relación con el daño por el que se reclama, adjuntando el informe preceptivo del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital Dr. José Molina Orosa (HDJMO) (art. 81.1 LPACAP). Concretamente el informe del SIP realiza las siguientes conclusiones:

«CONCLUSIONES

1.- El paciente de 53 años, con antecedentes de cirrosis hepática y hábito enólico, tras caída en el baño de su casa, según refirió, sufre traumatismo en la cadera derecha. Es asistido por el Servicio de Traumatología del HDJMO, y, tras conocer sus antecedentes, realizar examen físico y radiográfico concluyen con el diagnóstico de fractura subcapital G1 de fémur derecho. Inmediatamente se procede a inmovilizar la extremidad y se plantea

reducir y estabilizar la fractura con carácter urgente en quirófano para evitar complicaciones neurovasculares y/o la pérdida de la extremidad.

2.- Se le realiza control analítico prequirúrgico básico, sin poder realizar otros controles para el conocimiento actual de su enfermedad de base dado la urgencia del procedimiento.

3.- En relación con la intervención hay que decir que, es una intervención que se realizó con carácter urgente, que es la intervención menos agresiva posible en la que se redujo de forma cerrada la fractura y se estabilizó mediante la colocación de 3 tornillos y dos arandelas. Que dicha intervención tenía el objetivo de salvar la cabeza femoral sin proceder de antemano a su extirpación como primera opción quirúrgica, y ello se hace protocolariamente, según informe del propio Servicio de Traumatología, procedimiento más que justificado en su caso, dado que es conocido que en la cirugía de prótesis de cadera existe como consecuencia segura el sangrado significativo, que se vería agravado en este paciente debido a sus antecedentes (cirrosis y enolismo). Por otra parte, una prótesis no es una intervención definitiva ya que con el tiempo se desgasta o se afloja, lo cual es más frecuente en un paciente joven con vida activa, como en este caso. Todo ello me lleva a considerar que la cirugía realizada, además de ser urgente, era una alternativa válida, sobre todo en el contexto de este paciente.

4.- La cirugía y período postquirúrgico de estancia hospitalaria transcurrió sin complicaciones, por lo que razonablemente si todo seguía así, podía conseguirse salvar la cabeza femoral sin necesidad de recurrir a una prótesis, pero el paciente, el cual había recibido al alta las recomendaciones precisas que forman parte del tratamiento para el cuidado de la extremidad operada, desde el alta dio señales de no llevar a cabo las medidas prescritas:

- El mismo día del alta acude al hospital refiriendo dolor, tras golpearse la cadera intervenida al bajarse del coche. Se constata que el paciente no ha estado cumpliendo el tratamiento establecido en el postoperatorio y ha estado apoyando la extremidad afecta.

- El día 08/01/2019, vuelve a acudir al hospital, refiriendo que tras bajarse del Scooter (se deduce moto Scooter), no puede movilizar la cadera derecha. - Un paciente que tenía la recomendación de mantener el miembro afecto elevado y de no apoyarlo, se desplaza en una Scooter y se vuelve a lesionar al bajarse de la misma. Bien por la inestabilidad y riesgo de caída, bien por la postura adoptada, o por el apoyo al bajarse, no se deduce de su actuación que el paciente estuviera guardando los cuidados requeridos y recomendados por el Traumatólogo.

5.- Es decir, no es como dice el reclamante que al día siguiente ya experimentaba considerables dolores, si experimentó dolor, pero no fue el típico derivado de la intervención, sino a consecuencia de no guardar los cuidados que como parte del tratamiento se le prescribieron, él estaba advertido de que no podía apoyar la extremidad intervenida y no lo hizo. Asimismo, tampoco es cierto, que se diera el alta sin tomar ninguna medida

terapéutica, se le realizó examen físico, se le realizó estudio de imagen y se le volvieron a dar, como así consta en el informe clínico de urgencias facilitado por el propio paciente, las recomendaciones del tratamiento a seguir, y se le vuelven a facilitar los cuidados a tener con la extremidad operada, así como los controles a seguir. No hay atisbo de mala práctica en todo ello, todo lo contrario, se actuó con los medios diagnósticos y terapéuticos acordes a su proceso clínico.

6.- Asimismo, tras lo sucedido el día 08/01/2019, derivado de no actuar con los cuidados recomendados, y comprobarse radiológicamente la movilización de fractura subcapital de la cadera derecha con protrusión del material de osteosíntesis, también se actuó adecuadamente, planteando al paciente el tratamiento conveniente ante la nueva situación, en este momento la implantación de prótesis de cadera, además de informarle de las consecuencias seguras y riesgos o complicaciones más habituales de la intervención, en la que se encuentra la rotura o perforación del hueso al colocar la prótesis, es decir, dicho riesgo es inherente a la propia cirugía, hubiera antes un tornillo o no, un riesgo que el paciente había conocido y asumido.

7.- Por todo lo que antecede y del informe de Traumatología incluido en el expediente se debe inferir que se ha respetado la buena práctica médica, en el curso de la atención y tratamientos otorgados a la paciente, no observando en el expediente analizado, datos de mala práctica, ni de deficiente disposición de medios o de cuidados, dado lo cual emitimos informe desfavorable (...) ».

5. Entre los informes médicos obrantes en el expediente, cabría hacer especial mención al informe emitido en fecha 23 de julio de 2020, del Jefe de Servicio de Traumatología, que indica:

« (...) Paciente de 53 años de edad en el momento de los hechos que el 18/12/18 sufre caída casual con traumatismo en la cadera derecha. Traslado al S. de Urgencias del Hospital Dr. José Molina Orosa y tras estudio radiológico se establece el diagnóstico de fractura subcapital (Garden) de cadera derecha.

Se decide intervención quirúrgica urgente y se realiza osteosíntesis de cadera derecha con tres tornillos canulados.

Nota: Pese a las pocas probabilidades de consolidación de la fractura, que podríamos estimar en aproximadamente un 50%, dada la edad del paciente es protocolo del Servicio un intento de salvación de la cabeza femoral y no colocar una prótesis como primera opción quirúrgica.

La evolución postoperatoria fue favorable y el 18/12/18 el paciente es dado de alta con la indicación específica de no apoyar el miembro intervenido durante un mínimo de 6 semanas, ayudándose para ello de muletas o sillas de ruedas.

Visto en Consultas Externas el 22/ 12/18 se constata por parte del Traumatólogo asignado en consultas que el paciente no ha estado cumpliendo el tratamiento establecido en el postoperatorio y ha estado apoyando la pierna operada. Se realizan nuevas radiografías en las que ya se aprecia una mayor impactación de la cabeza femoral.

El 08/01/19 el paciente acude al S. de Urgencias aquejando dolor donde se aprecia una movilización de la fractura y migración del material de osteosíntesis.

El 15/01/19 se realiza retirada del material y colocación de una prótesis de cadera derecha, siendo el resultado favorable (...) >>.

6. Con fecha 16 de noviembre de 2022, se dicta el oportuno acuerdo probatorio, admitiendo la documental propuesta por las personas interesadas en el procedimiento.

7. En igual fecha, de 16 de noviembre de 2022, se concede a tales personas el trámite de vista y audiencia del expediente, a efectos de que presentaren las alegaciones que estimasen por convenientes.

8. Con fecha 20 de enero de 2023, se emite la Propuesta de Resolución, mediante la que se desestima la reclamación presentada. Habiendo sido informado favorablemente el borrador de la propuesta por el Servicio jurídico con carácter previo.

9. En lo que respecta a la tramitación procedimental se ha sobrepasado ampliamente y sin justificación al respecto el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 de la 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).

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada por el reclamante, al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria.

2. En el supuesto planteado el reclamante solicita ser indemnizado porque alega que se ha producido una actuación negligente por parte de los servicios sanitarios, tanto en lo relativo a la reducción y colocación del material de osteosíntesis el 18 de diciembre de 2018, así como un error de diagnóstico pues finalmente le fue colocada una prótesis el 15 de enero de 2019 que pudiera haber sido necesaria desde el momento de la caída.

3. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada «Lex artis ad hoc». En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4ª), de 26 de enero de 2011, RJ 2011\353, indica:

« (...) La Sentencia en el fundamento tercero sintetiza la normativa que rige en materia de responsabilidad patrimonial y la Jurisprudencia que la desarrolla, tanto con carácter general como en relación con la más concreta relativa a la responsabilidad sanitaria, y para ello manifiesta que "Para resolver la cuestión planteada en el presente recurso debemos partir de los artículos 106 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/92 de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), y criterio jurisprudencial al respecto, según los cuales la responsabilidad exige la prueba de los siguientes requisitos: a) efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal; c) que el daño sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, y, d) ausencia de fuerza mayor. Pero, además en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por prestación de asistencia sanitaria ha de tenerse en cuenta ciertas peculiaridades, y así, de acuerdo con el artº 43 de la constitución y legislación que lo desarrolla la Administración Sanitaria viene obligada a suministrar la totalidad de los medios humanos, materiales y científicos aptos para la consecución del fin que se persigue, pero teniendo en cuenta que la obligación médica es una obligación de medios y no de resultados, de forma que aplicados los medios adecuados conforme a la lex artis, no existe la obligación de obtener el resultado pretendido, el cual no obstante ha de ser perseguido con la máxima diligencia, cuidados, previsión y dedicación, sin perjuicio de que puede verse truncado por la condición de la propia naturaleza humana; por lo que se ha de examinar cada caso en concreto" (...) ».

También, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 afirma 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».

Así, pues, de acuerdo con la jurisprudencia, no existiría otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

4. Entrando en el fondo del asunto que nos ocupa, el SIP indica en su informe que, tras la primera intervención practicada y en periodo de recuperación, tratamiento pautado y seguimiento médico, el paciente regresó al Servicio de Urgencias en ambulancia, tras golpearse la cadera intervenida, porque no estuvo cumpliendo el tratamiento establecido en el periodo del postoperatorio y ha estado apoyando la pierna operada. Tales extremos han sido confirmados en págs. 16, y 65 del expediente, pues en el informe clínico de urgencias, se observa que el paciente *no ha estado cumpliendo con el tratamiento establecido y apoya la pierna*, siendo la fecha del informe 22 de diciembre de 2018. Así mismo, la documental médica confirma que el 8 de enero de 2019, el paciente fue traído en ambulancia refiriendo que tras bajarse del Scooter no puede movilizar la cadera derecha (pág. 65).

Por otra parte, como bien explica el SIP en su informe, coincidiendo plenamente con el informe médico preceptivo, la intervención a la que fue sometido en un primer momento el paciente trata de una intervención que se realizó con carácter urgente, siendo la intervención menos agresiva para el afectado, mediante la reducción de forma cerrada de la fractura y estabilización mediante la colocación de 3 tornillos y dos arandelas. Dicha intervención tenía el objetivo de salvar la cabeza femoral sin proceder de antemano a su extirpación como primera opción quirúrgica, cumpliendo con el protocolo médico establecido, pues los facultativos entendían que podía conseguirse salvar la cabeza femoral sin necesidad de recurrir a una prótesis como primera opción.

Los extremos señalados coinciden con la restante documental médica obrante en el expediente, llegando a confirmar que la asistencia sanitaria fue correcta y que el paciente fue atendido oportunamente, conforme a la *lex artis ad hoc*, siguiendo los

criterios protocolarios establecidos, y, que, en particular, la segunda intervención se decide cuando se constata que el paciente ha estado apoyando la pierna operada, apreciándose una movilización de la fractura y migración del material de osteosíntesis. Por lo que se decidió la retirada del material y colocación de una prótesis de cadera derecha, siendo el resultado en todo caso favorable.

Así, pues, todos los datos expuestos determinan que al paciente se le practicaron las pruebas médicas pertinentes para determinar el diagnóstico certero, exploración física, Neurovascular, Rx de cadera derecha, entre otras, y el período postquirúrgico de estancia hospitalaria, transcurrió sin incidencia, causando alta con una serie de recomendaciones precisas para el cuidado de la extremidad, pautas a las que sin embargo el paciente no se atuvo, pues se ha constatado que no siguió los cuidados prescritos por los facultativos. Razón por lo que siguiendo el protocolo médico establecido se procedió a la implantación de prótesis de cadera, explicándole el procedimiento, las consecuencias y los riesgos típicos inherentes al procedimiento quirúrgico, y que el paciente aceptó con la firma del consentimiento informado, como bien se observa en la pág. 139 del expediente. Además, en la hoja quirúrgica queda descrito que durante el tallado del canal femoral se produjo una fractura del marginal del trocánter (previamente existía un daño de este por la entrada de los tornillos canulados), que se redujo y se le realizó osteosíntesis con el cemento de la propia prótesis, con resultado favorable.

5. A mayor abundamiento, como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, entre ellos en su Dictamen 283/2021, de 20 de mayo, requisito esencial para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. 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 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (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, sin perjuicio 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).

En definitiva, de acuerdo con la Propuesta de Resolución, en relación con la documental obrante en el expediente, el afectado tampoco ha probado que en la asistencia médica recibida por el SCS, en relación particularmente con las intervenciones practicadas, se cometiera negligencia o error de diagnóstico.

Por el contrario, la Administración Sanitaria, en los términos antes expuestos, sí ha llegado a confirmar en el expediente la correcta elección de la técnica médica empleada, indicada por los protocolos sanitarios como primera opción para intentar salvar la cabeza del fémur y no colocar prótesis directamente siendo esta una técnica más agresiva para el paciente.

Por lo que la actuación sanitaria fue correcta, de acuerdo con los medios diagnósticos y terapéuticos acordes al proceso clínico del paciente, que es lo que corresponde elucidar en cada caso.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad, se considera que es conforme a Derecho.