Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 7 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 31 de mayo de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. 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. 198/2024 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, 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. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dado que el interesado solicita una indemnización cuya cuantía asciende a 63.750,00 euros, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (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 (LPACAP). Está legitimada para solicitarlo la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resultan de aplicación tanto la citada LPACAP como 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.

[*] **Ponente: Sr. Pérez Hernández.**

4. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el SCS, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del SCS, 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 SCS la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el SCS.

6. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo la afectada la condición de interesada al haber sufrido el daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP]. La legitimación pasiva corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño, mediante el SCS.

7. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP), pues se presentó la reclamación el 23 de junio de 2021, esencialmente porque el interesado entiende que hubo un retraso excesivo en ser intervenido quirúrgicamente de su patología de hombro, intervención que se efectuó, finalmente, el día 28 de enero de 2022.

8. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver en más de cuatro años de forma totalmente injustificada (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aun 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).

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, en la reclamación formulada por el interesado se narran en los siguientes términos:

«PRIMERO.- Que con fecha 1 de abril de 2019 acudo al servicio de urgencias del Hospital Universitario de Canarias , debido a sufrir una caída en la que se me diagnostica luxación AC, que tras consulta se manifiesta que no precisa cirugía, siendo el tratamiento analgésico solamente, se adjuntan dichos informes como documentos nº 1.

SEGUNDO.- A raíz de ello se presenta en el hombro derecho una deformidad considerable que me impide el desarrollo de mi trabajo y vida cotidiana por lo que acudo

nuevamente a consultas,, sin que de ellas se me de una solución a mi patología, la cual es más que evidente que pasa por el tratamiento quirúrgico.

TERCERO.- En fecha 5 de junio de 2019 interpongo reclamación en impreso oficial a fin de que me den una solución , interponiendo igualmente el día 6 de junio de 2019 solicitud de segunda opinión facultativa , sin recibir respuesta ante tales reclamaciones, se adjuntan como documentos nº 2 y 3.

CUARTO.- En fecha de 25 de agosto de 2019, presento más documentación para adjuntar a dichas reclamaciones , documentos nº 4. Aún así no se recibe respuesta, teniendo que solicitar cita por los trámites ordinarios con traumatología.

QUINTO.- En la señalada consulta se me vuelve a diagnosticar luxación AC grado 111, pautando la realización de una ecografía del hombro previa a intervención quirúrgica, se acompaña parte médico de traumatología como documento nº 5.

SEXTO.- Tras dicho diagnostico, en el cual figura la necesidad de cirugía reparadora, con fecha 14 de enero de 2020 se emite informe del Hospital Universitario de Canarias en el que se vuelve a considerar necesaria una ecografía previa a cirugía, documento nº

SÉPTIMO.-.Con fecha 24 de febrero de 2020 y de forma privada ante la inactividad del Servicio Canario de Salud, a mi costa, procedo a realizar resonancia magnética en el Hospital Parque, documento nº 7, con el siguiente diagnostico:

-Tenosinovitis del supraespinoso

-Quiste subcondral humeral

-artosis acromioclavicular».

2. El interesado fundamenta su reclamación en que considera que ha habido mala praxis en el retraso en efectuarle la intervención quirúrgica que su patología requería, imputable exclusivamente a la Administración.

Además, se ha de aclarar que la intervención se produjo más de medio año después de haber presentado esta reclamación.

3. Así mismo, lo referido acerca de los antecedentes de hecho se debe completar con lo manifestado por el Servicio de Inspección y Prestaciones del SCS (SIP) en el que se afirma que:

«-Tras caída en abril de 2019 presentó luxación acromioclavicular derecha. Previamente había iniciado situación de IT el 28 de febrero de 2019 por lumbociática.

-Aunque la lesión luxación acromioclavicular hombro derecho es valorada en fecha 1 de abril de 2019 en el Servicio de Urgencias del HUC, como informa el Servicio de COT del HUC,

se trataba de un grado II y por tanto no estaba en ese momento indicada la intervención quirúrgica sino tratamiento conservador al igual que en el caso de que se tratase de grado III.

Estas lesiones afectan a varias estructuras, como los ligamentos coracoclaviculares, la fascia deltopectoral y los ligamentos AC, con el consiguiente desplazamiento de la clavícula de manera significativa1. Algunos estudios apoyan la reducción de la clavícula en los tipos IV, V, VI, con el fin de convertirlos en una lesión de tipo III que se puede tratar de forma conservadora1.

Se quiere mencionar las complicaciones de este tipo de lesión tal es el caso de inestabilidad crónica en el hombro (con sensación de debilidad, dolor recurrente y limitación de la función del hombro), osteoartritis por daño en el cartílago articular, dolor crónico, deformidad persistente en la articulación (protuberancia visible), limitación funcional.

Indicado tratamiento conservador se espera que después de 3-4 semanas de inmovilización los ligamentos lesionados hayan cicatrizado. Después se iniciaría movilización del hombro con la espera de recuperación funcional en los siguientes meses (unos 6 meses). Pasado este periodo se puede plantear un cambio de actitud terapéutica, tratamiento quirúrgico.

En el presente caso el tratamiento quirúrgico, ligamentoplastia acromioclavicular, se propone en fecha 14 de noviembre de 2019 por persistencia del dolor y la incapacidad. Se indica intervención con prioridad 3 lo que implica demora en el tratamiento superior a 90 días y considerando el periodo de garantía de 150 días podemos considerar que existió demora a partir del 12 de abril de 2020.

No obstante, este periodo que conduce a hablar de demora se vio interrumpido por los siguientes hechos:

**El 14 de noviembre de 2019 es derivado desde la lista de espera al centro concertado Hospital (...) para realización de la intervención quirúrgica. Esta derivación se carga en el fichero de la Dirección de Área de Salud el 16 de diciembre de 2019. El paciente llama a la Dirección de Área para aceptar finalmente el centro concertado el 8 de enero de 2020.*

Por tanto observamos movilización en la gestión de la LE.

**El paciente es valorado en el Hospital (...) el 13 de enero de 2020 tras la derivación para la realización de la intervención quirúrgica de reparación de tendón hombro derecho, abordaje endoscópico percutáneo. En este Centro consideran que precisa la realización de RMN o ecografía de hombro derecho previo a la intervención por sospecha de lesión asociada de TSE a la luxación acromioclavicular motivo por el que se anula el proceso.*

La fecha de la incidencia es de 16 de enero de 2020.

**El 17 de febrero de 2020 se solicita RMN de hombro derecho que es realizada el 24 de febrero de 2020 e informada el 29 de febrero de 2020. Concluimos que hasta la realización*

de la mencionada prueba no computaría el tiempo de demora aludido ya que la intervención no era posibles hasta valorar el estudio de imagen.

Se informa hombro con signos de artrosis en la articulación acromio-clavicular sin lesiones artrósicas degenerativas a nivel de la cabeza humeral, sin fracturas, fisuras o edema óseo, con presencia de quistes subcondrales humerales, sin otras anomalías óseas valorables en el resto de las estructuras. El espacio articular acromio-clavicular aparece sin ocupación líquida de bursitis subacromial, no encontrando bursa subdeltoidea engrosada, con un espacio articular glenohumeral sin líquido en la cápsula ni en las bursas articulares que sea compatible con periartritis o capsulosinovitis. El rodete glenoideo anterior aparece conservado, así como el posterior sin signos de desinserción. Las imágenes tendinosas aparecen normales a nivel del área del maguito de los rotadores a excepción del tendón del supraespinoso que muestra edema, compatible con tenosinovitis sin rotura parcial en la inserción y sin calcificaciones pequeñas acompañantes. Impresión diagnóstica: Tenosinovitis del supraespinoso. Quiste subcondral humeral. Artrosis acromioclavicular.

**Recordemos que desde el 30 de enero de 2020 fue declarada por la OMS la pandemia COVID 19 como emergencia de salud pública de preocupación internacional. Este hecho repercutió en los tiempos de asistencia sanitaria no urgentes.*

En el presente caso se retrasó la consulta para valoración de la RMN hombro derecho desde que fue informada, el 29 de febrero de 2020, hasta la consulta de 9 de julio de 2020. No obstante los hallazgos no son subsidiarios de IQ quedando en LE para tratamiento previsto de ligamentoplastia por la limitación funcional importante.

En la exploración: Movilidad muy limitada. Flexión y Abd 90º. Rot interna a sacro. Rot externa a 0º. Igual que contralateral.

Computamos a partir de la fecha 29 de febrero de 2020 el periodo de garantía de 150 días que finaliza el 19 de julio de 2020 existiendo demora desde esa fecha hasta la realización de la primera cirugía el 28 de enero de 2022. De hecho el 5 de octubre de 2021 se entrega por el Servicio de COT nota de priorización al Servicio de Admisión».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial que constan practicados son los siguientes:

1. El procedimiento comenzó mediante la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el día 23 de junio de 2021.

El día 27 de agosto de 2021, se dictó la Resolución n.º 3697/2021 de la Secretaría General del SCS por la que se admitió a trámite la reclamación del interesado.

El día 26 de julio de 2024 el interesado presentó escrito valorando el daño sufrido en 63.750,00, correspondiente, según alega, al periodo que estuvo de baja por no someterse a la intervención referida.

2. El presente procedimiento cuenta con el informe del Servicio de COT del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias (CHUC) y el referido informe del SIP, en el que se concluyó manifestando que:

«Este Servicio desconoce la repercusión concreta de la pandemia en la gestión de la LE en el HUC. No obstante los hospitales, en general, se vieron afectados debiendo reducir la actividad quirúrgica electiva siendo preciso la priorización de casos respetando unas premisas de seguridad y optimización de los recursos disponible. Recordemos no sólo el riesgo de infección por COVID-19 de los pacientes sometidos a cirugía sino la necesidad de los servicios de anestesia de crear en la zonas de quirófano y despertar zonas de crítico para la asistencia de pacientes graves en aras de atenderse la alta demanda que originó esta pandemia sin perjuicio de la atención de las cirugías urgentes y con compromiso vital, lo que repercute en que los casos más benignos sufrieran retraso».

3. Posteriormente, se acordó la apertura del periodo probatorio, no proponiéndose la práctica de prueba alguna por parte del interesado.

Otorgado después un primer trámite de vista y audiencia al interesado, no presentó escrito de alegaciones, posteriormente, se emitió el referido informe del SIP y se le volvió a otorgar el trámite de vista y audiencia a la interesada, que tampoco formuló alegaciones.

4. Tras la correspondiente tramitación procedimental, se formula Propuesta de Resolución, emitida el día 26 de marzo de 2024.

En dicha Propuesta de Resolución se afirma acerca del informe de la Asesoría Jurídica Departamental que *«Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, modificado por el Decreto 232/1998, de 18 de diciembre, en este procedimiento no se recaba el informe de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico. Asimismo, en el caso que nos ocupa, le es aplicable lo dispuesto en el informe de AJD 234/18 (ERP 169/17), que concluye : " (...) No ha quedado acreditado que el reclamante haya sufrido un daño antijurídico que no tenga el deber jurídico de soportar y del que se pueda derivar responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, no mediando relación de causalidad entre el proceder médico de la Administración sanitaria y los padecimientos aducidos por aquel"».*

IV

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

2. Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante (entre otros muchos, DCCC 385/2023, de 5 de octubre) que:

«La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que "para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:

– La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

– Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

– Ausencia de fuerza mayor.

– Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño".

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 señala 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".

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) "que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que

indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración".

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara:

"Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria".

Ha de tenerse en cuenta que no existe 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», doctrina aplicable a este supuesto.

3. En el presente asunto, teniendo en cuenta lo manifestado en el informe del SIP, reproducido con anterioridad, procede señalar, en lo que al retraso en la intervención quirúrgica de la patología del interesado se refiere, concretamente, el correspondiente al periodo que se extiende desde el 29 de febrero de 2020, momento en que es informada la RMN de hombro derecho, hasta el día 28 de enero de 2022, cuando se le efectuó la primera cirugía de hombro, que con la información suministrada por dicho Servicio no se considera suficientemente justificado tal retraso y ello es así porque el propio SIP afirma desconocer el efecto que pudo tener en tal proceso la declaración de emergencia por COVID-19.

Por tanto, sería preciso que el Servicio en cuestión, a través del correspondiente informe complementario, se pronunciara de forma más concreta y exhaustiva sobre la justificación que refiere del mencionado retraso, la incidencia de la emergencia del COVID en estas actuaciones médicas.

4. En virtud de la doctrina anteriormente expuesta, para poder imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial derivada del hecho lesivo no solo basta

la concurrencia de una actuación deficiente del SCS, como la aquí producida, sino que es preciso que se haya producido un daño, concreto y determinado, y, por tal motivo, es necesario para poder entrar en el adecuado análisis de tal cuestión, que se emita un informe complementario por especialista en la materia, distinto a los actuantes, por el que se ilustre a este Consejo Consultivo acerca de las siguientes cuestiones:

- Es preciso conocer si el excesivo retraso en la intervención influyó de modo negativo en el resultado de tal cirugía, mermando su efectividad y ocasionándole por ello un daño concreto.

- A su vez, se ha de saber si durante el retraso el interesado padeció un sufrimiento indemnizable, ligado al mismo.

5. Después de la realización de tales informes, dado que los mismos tienen por objeto información médica relativa a la cuestión de fondo fundamental en este asunto, se le otorgará el trámite de vista y audiencia al interesado y, tras ello, se emitirá una nueva Propuesta de Resolución que será objeto del preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación formulada, no se considera conforme a Derecho, pues es necesario retrotraer las actuaciones por los motivos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.