



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 2 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de julio de 2017.

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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 222/2017 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud, iniciado el 26 de junio de 2012 por (...), en representación de (...), en el que reclama daños y perjuicios como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida del SCS.

2. La cuantía de la indemnización solicitada (178.891,28 euros) determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad 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, en relación el primer precepto con el art. 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) que, en virtud de la Disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es la normativa aplicable porque a la entrada en vigor de ésta el presente procedimiento ya estaba iniciado.

* Ponente: Sr. Brito González.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y no extemporaneidad de la reclamación.

4. El órgano competente para resolver 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.

El órgano competente para instruir y proponer la resolución de este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

5. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado ampliamente; no obstante ello, esta demora no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma.

6. Sobre este procedimiento de reclamación patrimonial este Consejo ya tuvo oportunidad de pronunciarse en el Dictamen 421/2016 sobre una Propuesta de Resolución desestimatoria por prescripción, concluyendo que no era conforme a Derecho porque, contrariamente a lo que relata la actual Propuesta en su Antecedente Sexto -que afirma que la situamos el 4 de junio de 2012-, razonamos que el momento de la determinación de las secuelas se localiza temporalmente en fecha posterior a la intervención quirúrgica (realizada el 18 de enero de 2013), pues de ella dependía la mejora -o no- de la movilidad de la muñeca y de la fuerza de presión (e incluso de la sintomatología dolorosa), cuestiones que se cuantifican en función del resultado: cuanta más limitación en la movilidad o en la fuerza y/o más dolor, mayor puntuación -o viceversa-, por lo que habiéndose presentada la reclamación ante el Hospital el 25 de junio de 2013, esta no es extemporánea al no haber transcurrido el plazo de un año que establece el art. 142.5 LRJAP-PAC, por lo que se debía retrotraerse las actuaciones a fin de practicar aquellas que fueran precisas para resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

7. Acordada la retroacción de actuaciones, la práctica de prueba, informes del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) y de la Asesoría Jurídica Departamental y trámite de audiencia, podemos señalar que en la tramitación del procedimiento no se aprecia que se haya incurrido en deficiencias formales que, por producir indefensión al interesado, impidan un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

II

1. El interesado funda su reclamación en el siguiente relato fáctico:

El 4 de junio de 2011 sufrió un accidente que le produjo daños en su mano izquierda, a consecuencia de los cuales tuvo que acudir al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Canarias (HUC). Se le realizó Rx, en la que según el médico no había imagen de fractura y se le diagnosticó: «esguince de muñeca». El tratamiento consistió básicamente en vendaje de muñeca y calmantes.

Se produjo seguimiento del supuesto esguince por el Servicio Canario de la Salud y en ningún momento se aprecia la verdadera naturaleza de la lesión sufrida (fractura de escafoides).

Transcurridos seis meses desde el diagnóstico de urgencias, el 22 de diciembre de 2011 el Servicio de Rehabilitación del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de Candelaria (HUNSC) detecta la posibilidad de rotura de escafoides y solicita la correspondiente valoración.

El 17 de mayo de 2012 se realiza un estudio neurofisiológico dando como resultado: «Atrapamiento del nervio mediano izquierdo a nivel del carpo de intensidad moderada». Finalmente, el 6 de junio de 2012, se realiza resonancia magnética en la que la conclusión diagnóstica es: «Inestabilidad carpal estadio IV en relación a subluxación anterior del hueso semilunar, recobrando alineación grande-radial en plano sagital».

Entiende el reclamante que la falta de diagnóstico correcto y su tratamiento, tanto en su origen (Urgencias) como durante su evolución, ha ocasionado que la lesión llegara a tal punto que fuera necesario extirpar tres huesos de la mano, mediante carpectomía proximal. Es por lo que solicita por responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, una indemnización de 178.891, 28 €.

2. El informe del SIP, emitido el 8 de marzo de 2016, con base en la documentación médica obrante en el expediente constituido por el historial del

interesado y por los informes emitidos por los servicios que participaron en la atención sanitaria prestada, relata los hechos relevantes de la siguiente manera:

«Caída el 4 de junio de 2011 con traumatismo de muñeca izquierda. Acude al Servicio de Urgencias del HUC por dolor local, sin impotencia funcional. A la exploración, no dolor a nivel de escafoides. Flexo extensión normal. No alteraciones vasculonervionas. Se solicita Rx y no se objetiva fractura.

Se diagnostica esguince de muñeca y se procede a tratamiento farmacológico e inmovilización, mediante vendaje. Se recomienda control por su médico.

El 9 de junio de 2011 es remitido a consulta del Servicio de Ortopedia y Traumatología (C.O.T) del C.A.E. de San Benito. Presenta persistencia de dolor, calambre, hormigueos en dedos de la mano hasta el codo. Ante la posibilidad de fractura/fisura de escafoides, se solicita Rx. Bajo el diagnóstico de fractura de escafoides, se coloca yeso y se cita para retirada del mismo en fecha 6 de julio de 2011.

En valoración por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, de fecha 28 de julio de 2011, persisten las molestias en muñeca izquierda. En Rx consolidación aceptable pero insuficiente para esfuerzos. Se cita en un mes. El 29 de agosto de 2011 se habla de fractura consolidada, continúa con ligeras molestias. Se remite al Servicio de Rehabilitación.

Realiza tratamiento rehabilitador durante el periodo 4 de octubre a 19 de diciembre de 2011. En la exploración física al alta: limitación últimos grados FD, tumefacción región palmar muñeca, Tinnel +, Phalen+. Se remite al Servicio de Traumatología.

En EMG de mayo de 2012: atrapamiento del nervio mediano izquierdo a nivel del carpo de intensidad moderada. Conducción motora y sensitiva del nervio cubital izquierdo dentro de los límites de la normalidad.

En ecografía musculotendinosa de 2 de mayo de 2012: engrosamiento del tendón flexor superficial. No lesiones quísticas. Se recomienda RMN.

En RMN de fecha 4 de junio de 2012: No se observan imágenes de necrosis ni focos de osteocondritis. Inestabilidad carpal estadio IV en relación a subluxación anterior del hueso semilunar, recobrando alineación grande-radial. El ligamento triangular se valora moderadamente desplazado, impresionando de intensidad de señal conservada. No se visualiza alteraciones morfológicas ni cambios en la señal de resonancia a nivel de los elementos tendinosos flexores ni extensores. Valorándose cierto desplazamiento en las estructuras contenidas en el canal carpiano en relación a subluxación del semilunar.

No existen lesiones ocupantes de espacio, quísticas ni sólidas, en los tejidos blandos de la muñeca. Moderados cambios edematosos del tejido celular palmar.

Conclusión diagnóstica: Inestabilidad carpal estadio IV en relación a subluxación anterior del hueso semilunar, recobrando alineación grande-radial en planos sagital.

En valoración, de fecha 21 de junio de 2012, por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario de Canarias: parestesias en territorio del mediano sobre todo nocturnas. Regular movilidad, flexión palmar 5", dorsal 40° no fuerza, no puede coger peso.

Dolor referido en cara volar de la muñeca.

Se le propone intervención quirúrgica para carpectomía proximal.

Ingresa durante el periodo 18-19 de enero de 2013 en el Hospital (...) con el diagnóstico de luxación inveterada de semilunar izquierdo para intervención quirúrgica carpectomía proximal.

A la exploración dolor y limitación de la flexo-extensión de la muñeca. Bultoma palpable en zona volar de la muñeca.

Realiza 27 sesiones de tratamiento rehabilitador durante el periodo 21 de febrero (retirada de yeso) a 3 de abril de 2013. En esta última fecha refiere estar mejor aunque sigue con dolor en relación con los esfuerzos.

A la exploración: cicatrices quirúrgicas bien con punto de adherencia en área dorsal. BA con escasa mejoría: flexión dorsal 45°. Flexión palmar 30°, desviación cubital 25°, desviación radial 5°, pronosupinación completa, empuñadura completa, pinzas T-T con todos los dedos.

Valorado por el Servicio de Traumatología, en fecha 17 de abril de 2013, se describe movilidad aceptable. En fecha 17 de julio de 2013, en la consulta de Traumatología, refirió molestias en muñeca y zona radial. La Rx fue correcta, mínimas calcificaciones. En la revisión por el Servicio de Traumatología, de fecha 18 de septiembre de 2013, se describe que ha mejorado la sensibilidad; flexión de 60°; extensión de 40°; movilidad de muñeca correcta; hay dolor en la base del pulgar con signos de degeneración artrósica en TM. Se cita a un nuevo control en diciembre.

En la última revisión, de 18 de diciembre de 2013, movilidad de muñeca 40-40°, dolor en la articulación trapecio-metacarpiano izquierda por lesiones degenerativas. La sensibilidad en la zona del mediano ha mejorado pero no es completa, dada la severidad de la lesión previa. Tiene problemas para la pinza y el agarre con el puño cerrado. Se le indica no hacer esfuerzos importantes y mantener pinza fina».

3. Conferido trámite de audiencia, el interesado presenta escrito de alegaciones indicando que existió no sólo error de diagnóstico y de tratamiento sino también retraso en la intervención quirúrgica (un año después del diagnóstico correcto, 2 de junio de 2012), lo que le ha provocado lesiones óseas definitivas. Y ello por no realizar las pruebas diagnósticas necesarias, a pesar de la clínica constante que presentaba el paciente.

Entiende clarificador el informe emitido por el Gerente del HUC donde se reconoce que tras la revisión de las pruebas diagnósticas efectuadas en el Servicio de Urgencias, se ve claramente una desestructuración a nivel del hueso semilunar, en relación con la luxación, que no fue detectada en su momento pero que tampoco parece que se detectó en las siguientes revisiones efectuadas al reclamante a pesar de verse claramente en las radiografías la lesión que presentaba y las dolencias que refería el paciente. Aun entendiendo que en el momento del accidente no se hubiera visto la lesión como parece sugerir el informe, en los seguimientos posteriores con el traumatólogo y a la vista de la no mejora de la lesión y de la clínica que presentaba, se debieron realizar las pruebas diagnósticas necesarias y no esperar casi un año para hacer dichas pruebas y el diagnóstico correcto.

El informe médico pericial aportado y obrante en los folios 191 a 203 del expediente administrativo no deja dudas en relación con un error en el diagnóstico y posterior incorrecto tratamiento ya que los estudios radiográficos de Urgencias se evidenciaba la luxación perilunar del carpo y los estudios posteriores, RMN, diagnostican la lesión del paciente, en las primeras radiografías la lesión pasa desapercibida por la falta de pericia de los médicos que trataron al paciente y parece que conforme con el parte del Servicio de Urgencias la lesión no fue valorada por traumatólogo sino se limitaron a hacer el vendaje sin que ningún especialista valorara las radiografías que podía haber detectado la luxación del perilunar del carpo a lo que contribuyó la falta también de pericia del traumatólogo que sigue al paciente.

Según dice el informe pericial, el paciente no recibió el tratamiento adecuado porque no fue correctamente diagnosticado, recibió un tratamiento de fisioterapia por recomendación del traumatólogo que no era adecuado a la patología que sufría el paciente provocándole un auténtico martirio. Después del diagnóstico adecuado, recibió un tratamiento paliativo que no restituyó ni la forma ni la función de la muñeca y todo ello debido no solo a un error continuo en el diagnóstico sino también a un error en el tratamiento y un retraso en llevar a cabo la intervención quirúrgica correcta.

Considera haber acreditado con la documentación aportada en el trámite de prueba que como consecuencia de ese error en el diagnóstico y tratamiento inadecuado, le ha sido reconocida una incapacidad permanente total para su profesión habitual que ha afectado a toda la familia que dependían de él económicamente por lo que ha sufrido una serie de consecuencias no solo físicas sino

también morales y sociales como consecuencia de toda una serie de errores en la prestación sanitaria prestada y que no estaba obligado a soportar si se hubiera diagnosticado correctamente su lesión, si se hubiera realizado el tratamiento correcto, si se hubieran realizado las pruebas adecuadas a la lesión que presentaba y si no se hubiera retrasado a dos años la intervención quirúrgica; por todo ello entiende que procede la restitución del daño causado mediante la indemnización solicitada por la incorrecta prestación sanitaria prestada.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la pretensión del reclamante al considerar que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Admisnitracion Pública.

El argumento fundamental para desestimar la pretensión es que si bien existe error de diagnóstico, no encaja en una mala praxis médica por defecto de la asistencia, defecto de pericia o falta de actividad o de medios, sino que se encuentra dentro del porcentaje de diagnósticos desapercibidos, precisamente por la complejidad de este tipo de lesión. A lo que añade que el especialista en traumatología considera que una actuación inmediata de reducción de la subluxación, no garantiza que el resultado hubiera sido otro, lo que sitúa el supuesto en el ámbito de la pérdida de expectativas. Considera la Propuesta analizada que se dispusieron los medios tendentes a lograr no sólo el diagnóstico certero, sino la curación del paciente, lográndose una remisión de las secuelas iniciales, de forma considerable. Todo ello lleva a concluir que no existe mala praxis, ni se ha acreditado que el resultado hubiera sido otro, de haber diagnosticado precozmente la dolencia del paciente.

2. Sin embargo, el interesado aporta informe pericial en el que se afirma todo lo contrario: sufrió una luxación y disrupción carpiana considerada muy grave que no fue diagnosticada adecuadamente, por la que tampoco recibió el tratamiento adecuado a este tipo de lesión, que debió ser una reducción de la luxación y la reparación quirúrgica de los ligamentos que hay que realizar de forma más temprana posible. Además, recibió tratamiento fisioterápico no adecuado a su patología que le produjo un auténtico martirio al paciente.

Por último, después del diagnóstico adecuado, recibió solo un tratamiento paliativo, que no restituyó ni la forma ni la función de la muñeca con secuelas manifiestas.

Para este perito de parte, existió un nexo de causalidad cierto y directo entre el traumatismo recibido, el retraso del tratamiento y las secuelas actuales del afectado, que se concretan en:

- Limitación severa de la movilidad del carpo.
- Dolor crónico mecánico de la articulación radiocarpiana por artrosis degenerativa.
- Dolor en la base del pulgar de carácter artítrico por descompensación de la función de la mano.
- Déficit mecánico de la fuerza del grip.
- Cicatriz queloidea de la muñeca.

Nada de lo anterior ha sido, no ya contradicho, sino ni siquiera informado por la Administración autonómica. Es decir, ningún informe médico obra en el expediente con posterioridad a la aportación de la pericial por el interesado.

3. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo, según el art. 139.1 LRJAP-PAC, 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. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera 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. Por esta razón el citado art. 6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica. 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 (arts. 78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) 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 (STS de 20 de noviembre de 2012).

En el presente procedimiento la reclamación se basa en la afirmación de que las secuelas del interesado fueron causadas por errores en la prestación recibida que no estaba obligado a soportar si se hubiera diagnosticado correctamente su lesión, si se hubiera realizado el tratamiento correcto y si se hubieran realizado las pruebas adecuadas a la lesión que presentaba.

El reclamante, como dijimos, ha aportado un informe forense que da fundamento médico a esa afirmación y que no ha sido contradicho por la Administración sanitaria.

4. En su Sentencia de 11 de abril de 2014 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expone sintéticamente su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos de salud en los siguientes términos:

«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 esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria.

Dicho de otro modo, “como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que “este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad 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” (STS de 23 de septiembre de 2009)».

En el mismo sentido la anterior Sentencia de esa misma Sala de 19 abril 2011 dice:

«(...) la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración».

Conforme a tal jurisprudencia el criterio fundamental para determinar la existencia o ausencia de responsabilidad del servicio público de salud radica en si sus agentes han actuado con violación o de conformidad con la *lex artis ad hoc*; puesto que su funcionamiento consiste en proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana. La obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo y que se aplican correctamente de acuerdo con el estado de los conocimientos médicos y las circunstancias personales del paciente.

5. Repetidamente (ver por todos DCC 410/2016) este Consejo ha definido el diagnóstico médico como un juicio clínico sobre el estado de salud de una persona y que establece, a partir de los síntomas, signos y hallazgos de las exploraciones y pruebas a un paciente, la situación patológica en que se encuentra. Por regla general una enfermedad no está relacionada de una forma biunívoca con un síntoma. Normalmente un síntoma no es exclusivo de una patología. Diferentes patologías pueden expresar síntomas idénticos. Por ello no es jurídicamente exigible para todos los supuestos el diagnóstico certero y en consecuencia el error científico médico en principio no puede originar sin más responsabilidad. Éste solo surge cuando el error de diagnóstico se debe a una manifiesta negligencia o ignorancia o por no emplear oportunamente los medios técnicos y pruebas médicas que ayudan a evitar los errores de apreciación.

Por esta razón en la STS de 6 de octubre de 2005 se declara que:

«(...) no cabe apreciar la culpa del facultativo en aquellos supuestos en que la confusión viene determinada por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia (STS de 10 de diciembre de 1996), y tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico de disculpable o de apreciación (STS de 8 de abril de 1996)».

En la STS de 17 julio de 2012 se razona lo siguiente:

«Por último señalar que el motivo del recurso parte de una afirmación que es negada en la Sentencia -hace principio de la cuestión-; “existe un error diagnóstico por falta de medios diagnósticos diferenciales”.

Esta cuestión es ampliamente resuelta en la Sentencia recurrida que valorando el conjunto probatorio afirma que: “los servicios médicos sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin mas indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas y múltiples patologías sin que los síntomas que se tengan exijan su realización”».

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 19 de abril de 2011 y de 24 de abril de 2012.

6. En el presente caso está acreditado tanto que el paciente, ante sus lesiones, se le practicaron pruebas físicas y técnicas (RX) que llevaron a un diagnóstico equivocado (esguince de muñeca), error de diagnóstico que puede suceder hasta en un 25% de los casos.

Tal error descartó la sospecha de la existencia de otras patologías y la necesidad de practicar más pruebas. No obstante, en consonancia con la Jurisprudencia señalada, no cabe en este supuesto afirmar la existencia de un error de diagnóstico o la omisión de medios que pueda considerarse como constitutivo de una infracción de la *lex artis ad hoc*.

7. No obstante lo anterior, desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998 el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial, hoy ya consolidada, favorable a dar valor a la llamada «pérdida de oportunidad» cuando, aunque no resultara patente la presencia del vínculo causal por dificultad en su prueba, concurren determinadas circunstancias que evidencian una alta probabilidad de que de haberse ofrecido las oportunidades perdidas se hubiera evitado o disminuido el daño.

Como hemos advertido en distintas ocasiones (ver por todos el DCCC 152/2017), la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de flexibilización de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo causal especialmente en materia de responsabilidad sanitaria, y la han aplicado a la actuación del facultativo cuando no puede asegurarse que haya sido causante del daño reclamado o, al menos, la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano.

«La omisión de las pruebas y actuaciones tendentes a la determinación del diagnóstico en un momento anterior, ha privado al paciente de la oportunidad de anticipar un tratamiento que podía incidir favorablemente en la evolución del padecimiento, aun cuando no se evitara el resultado final, privación que consecuentemente ha de ser indemnizada» (STS, Sala III, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2007, rec. casación nº 6676/2003).

«En la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que en cierto modo se asemeja a un daño moral, y que es el concepto indemnizable» (STS, Sala III, Sección 4ª, de 27 de septiembre de 2011, rec. de casación nº 6280/2009).

Para esta ya consolidada jurisprudencia «la pérdida de oportunidad constituye un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias» (STS, Sala III, Sección 4ª, de 21 de diciembre de 2015, FJ 1º, rec. casación nº 1247/2014).

8. En el presente caso, en el expediente está acreditado que se cometió un error de diagnóstico y, por ende, de tratamiento, ya que en vez de esguince de muñeca, tras nuevas pruebas el diagnóstico correcto fue el de «inestabilidad carpal estadio IV en relación a subluxación anterior del hueso semilunar».

Esa patología, tal como indica el informe pericial aportado por el interesado, requería de una reducción de la luxación y la reparación quirúrgica de los ligamentos que hay que realizar de forma más temprana posible; al realizarla tardíamente, al interesado le quedaron importantes secuelas, al menos: limitación severa de la movilidad del carpo, dolor crónico mecánico de la articulación radiocarpiana por artrosis degenerativa y en la base del pulgar de carácter artrítico por descompensación de la función de la mano y déficit mecánico de la fuerza del grip.

En la Propuesta de Resolución, que acepta la existencia de error de diagnóstico (si bien considera que no ha habido mala praxis), encontramos como único argumento para rebatir dicho error y que la tardanza en el tratamiento adecuado le produjo daños irreparables, tanto físicos como morales, las afirmaciones del especialista en traumatología, que considera que una actuación inmediata de reducción de la subluxación no garantiza que el resultado hubiera sido otro.

Ante tal vaga afirmación (ya que tampoco excluye que con el tratamiento correcto inmediato sí se hubiera alcanzado un resultado óptimo), este Consejo considera, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, que se han producido daños físicos y morales al interesado derivados de la pérdida de oportunidad que no tiene el deber de soportar y, por tanto, deben ser resarcibles económicamente.

9. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuantificación de las indemnizaciones provenientes de pérdida de oportunidad, señalando que procede valorarla «no por la totalidad del daño sufrido pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación» (STS de 19 de noviembre de 2012, rec. de casación nº 579/2011, citada a su vez por la STS de 27 de noviembre de 2012, rec. casación nº 4981/2011). Por ello, procederá atenderse «prudencialmente y de manera analógica, a los criterios marcados por el baremo indemnizatorio previsto para los accidentes de circulación, que adapta equitativamente a las circunstancias del caso con la rebaja sustancial propia de la aplicación de la doctrina de la llamada pérdida de oportunidad» (STSJ de Galicia, de 16 enero 2013, rec. apelación nº 7126/2012).

Este Consejo, en casos de valoración económica de daños provenientes de pérdida de oportunidad ha entendido (ver, entre otros, DDCC 152/2017 y 322/2016), de acuerdo con dicha jurisprudencia, que si bien no puede alcanzar una cuantía indemnizatoria idéntica a la que resultaría de imputar al Servicio Canario de la Salud el daño en su totalidad, la Administración sanitaria debe ponderar el grado de participación de la pérdida de oportunidad en el resultado final de la actuación sanitaria prestada, que este se han estimado, según las circunstancias de cada caso, entre el 10 y el 60% de la cantidad que resultaría de aplicar el referido Baremo.

Para ello, en el caso que nos ocupa, del expediente resulta que el afectado tardó 928 días en curar, de los que 624 de estos fueron impositivos, 1 de estancia hospitalaria y los restantes 314 de baja no impositiva. Además, el informe pericial aportado (que como dijimos no ha sido desvirtuado por la Administración) valora el resto de daños y secuelas en 19 puntos.

Aplicando la Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2012 el sistema para valoración de los daños y

perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, nos dan las siguientes cantidades:

624 días impeditivos x 56,60 €/día: 35.318,40 €

314 días no impeditivos x 30,46 €/día: 9.564,44 €

1 días con ingreso hospitalario x 69,91 €/día: 67,98 €

Por los demás daños y secuelas, 19 puntos por 971,61, ya que tenía más de 40 años cuando sucedieron los hechos: 18.469,59 euros.

En total, da una cantidad de 63.520,41 euros.

Ponderando las circunstancias que para la valoración económica en casos de daños provenientes de pérdida de oportunidad, ya señaladas, la cuantificación de la indemnización para el supuesto analizado no puede alcanzar una cuantía indemnizatoria idéntica a la que resultaría de imputar en su totalidad al Servicio Canario de la Salud el daño, debiéndose ponderar, en un porcentaje que estimamos debe ser el 25% de esa cantidad (15.880,15 euros) teniendo en cuenta la cuantía de la indemnización, el grado de participación de la pérdida de oportunidad en el resultado final de la actuación sanitaria prestada y la gravedad de las secuelas y daños morales irrogados.

En definitiva, este Consejo considera que se han ocasionado al reclamante daños físicos y morales al interesado derivados de la pérdida de oportunidad que no tiene el deber de soportar y, por tanto, deben ser resarcidos económicamente, de ahí que la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión del reclamante, no es conforme a Derecho, debiendo reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cuya indemnización fijamos en 15.880,15 euros (25% de la cantidad resultante de haber imputado en su totalidad el daño al Servicio Canario de la Salud).

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución que desestima la reclamación no es conforme a Derecho, debiendo estimarse parcialmente la misma en los términos indicados en el Fundamento III.9 de este Dictamen.