



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 3 5 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de octubre 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 propio y en representación de sus hijos y nietos, por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 298/2017 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de dictamen, de 28 de agosto de 2017, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 1 de septiembre de 2017. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del dictamen, según los arts. 12.3 y 11.1.D).e) 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 carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última Ley.

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

Resulta igualmente aplicable el 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, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la LPACAP.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), así como de sus hijos y nietos, al pretender el resarcimiento de un daño que han sufrido en su esfera moral como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

Ahora bien, no consta la acreditación de poder de representación de (...) a favor de sus hijos y nietos, cuya filiación sí consta en el libro de familia presentado por aquél, mas, dado que se reclama en beneficio de aquéllos, en caso de estimarse la reclamación, se recabará la ratificación de los demás interesados.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

2. Asimismo, se presentó la reclamación dentro del plazo para reclamar establecido en los arts. 142.5 LRJAP-PAC y 4.2 RPAPRP, pues el escrito de reclamación se presentó el 28 de febrero de 2014, respecto de un daño que quedó determinado el 25 de marzo de 2013, fecha en la que se produjo el fallecimiento de (...), daño por el que se reclama.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a 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.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio, 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, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

III

El objeto de la reclamación, según entiende el reclamante, es por la asistencia sanitaria prestada a (...) desde el 21 de septiembre de 2009 hasta el 28 de enero de 2013; se observa error de diagnóstico, error de tratamiento, imprudencia y/o negligencia inexcusable de los profesionales intervinientes y mal funcionamiento de la Administración Sanitaria pues, (...) fue diagnosticada por los servicios públicos de salud de manera incompleta, acudiendo a la medicina privada ante la falta de respuesta de los servicios públicos, obteniendo un diagnóstico correcto con fecha 21 de enero de 2013.

Ante la falta de un diagnóstico correcto, el tratamiento fue erróneo, pues a partir de su ingreso en urgencia el 28 de enero de 2013 es cuando se produce el fatal desenlace el día 25 de marzo de 2013.

Se solicita por ello una indemnización que se cuantifica en 219.824,64 euros, a repartir entre el esposo, hijos y nietos de la fallecida, tanto por los daños morales sufridos por la pérdida de (...), como por los derivados del «calvario» sufrido antes y después de su fallecimiento.

IV

1. En este procedimiento, el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporta, no exime a la Administración de resolver expresamente (arts. 42.1 y 7 y 141.3 LRJAP-PAC).

2. Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 10 de marzo de 2014 se identifica el procedimiento y se insta al reclamante a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación y la proposición de pruebas, en su caso, de lo que recibe notificación el 17 de marzo de 2014, viniendo a cumplimentar el trámite el 27 de marzo de 2014, por medio de abogado.

- Por Resolución de 31 de marzo de 2014, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación, acordando, asimismo, la remisión del expediente a la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Insular Materno Infantil (CHUIMI) (pues, de conformidad con la Resolución de 22 de abril de 2004, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, por la que se le delega

competencia, aquella Dirección Gerencia es competente para la tramitación de este procedimiento y para proponer la correspondiente Propuesta, previa a la formulación por parte de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud de la Resolución que le ponga fin). De todo ello es notificado el interesado el 14 de abril de 2014.

- Por escrito de 1 de abril de 2014 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), que se emite el 6 de octubre de 2016, tras haber recabado la documentación necesaria.

- El 4 de noviembre de 2016 se dicta acuerdo probatorio en el que se declara la pertinencia de las pruebas propuestas y se incorporan los informes recabados y, a pesar de que obran ya todas las pruebas en el expediente por ser documentales, se establece un periodo probatorio de 30 días a efectos de que el interesado aporte cualquier otra prueba que estime conveniente, sin que aporte nada al efecto.

- El 9 de enero de 2017 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, lo que es notificado al interesado en la misma fecha mediante fax, sin que se presenten alegaciones.

- El 6 de julio de 2017 se emite Propuesta de Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud desestimatoria de la pretensión del reclamante, emitiéndose en igual sentido borrador de Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud. La Propuesta de Resolución es elevada a definitiva el 8 de agosto de 2017, tras haber sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico el 7 de agosto de 2017.

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución, como se ha señalado, desestima la pretensión del reclamante al argumentarse, de conformidad con los informes obrantes en el expediente y la historia clínica de la paciente, que la actuación del Servicio Canario de la Salud fue conforme a la *lex artis*, no existiendo relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. Entendemos que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, al existir datos en los informes recabados que llevan a concluir que, si bien el diagnóstico fue correcto desde 2009, sin embargo, no se adoptaron las medidas terapéuticas necesarias en el debido tiempo, pues estaba indicada la intervención quirúrgica desde tal fecha, no se realizó hasta el 4 de febrero de 2013, fecha en la

que se programó ya de manera urgente y resultó tardía, sin que haya quedado justificado en los informes tal retraso, como se analizará.

Así, por un lado, si bien el informe del SIP señala que ya desde agosto de 2011 el Servicio de Neurología del CHUIMI había diagnosticado a (...) correctamente, de mielopatía cervical espondilótica, de manera que, ciertamente, el diagnóstico no fue tardío como señala el interesado, al afirmar que se logró tras acudir a la sanidad privada el 21 de enero de 2013, lo cierto es que fue desde septiembre de 2009 cuando se logró aquel diagnóstico, como señala el informe del Jefe de Servicio de Neurocirugía del CHUIMI, de 5 de agosto de 2016. Ya, desde septiembre de 2009 se realizó aquel diagnóstico por el Dr. (...), indicándose tratamiento conservador durante seis meses y volver para valorar, indicándose posteriormente tratamiento quirúrgico. Consta que se apuntó para lista de espera quirúrgica.

Nuevamente, en agosto de 2011 vuelve a constar tal diagnóstico y vuelve a ingresar en lista de espera quirúrgica el 22 de agosto de 2011.

A pesar de acudir el 13 de enero de 2013 la paciente a urgencias hospitalarias, si bien por dolor en rodilla donde portaba prótesis, se descartó patología de urgencia hospitalario, remitiéndola a su médico de cabecera.

No obstante, tal es el dolor y limitación funcional que la paciente acude por su cuenta a la medicina privada. En informe de neurocirujano privado traído por la paciente tras valoración de 21 de enero de 2013, tras constatar el diagnóstico de mielopatía cervical espondilótica, se señala: «Dada la situación clínica de la paciente, recomendamos valoración por servicio de neurocirugía para tratamiento quirúrgico a la mayor brevedad posible».

Posteriormente, consta en el informe del SIP que la paciente ingresa el 28 de enero de 2013 en urgencias del CHUIMI, por incapacidad en la deambulación de dos semanas de evolución, hasta llegar a la postración en cama, además de espasticidad en las cuatro extremidades, así como cervicalgia y lumbalgia crónicas. Tras su ingreso hospitalario «urgente», tal como consta en el informe de alta de 3 de abril de 2013, es operada de «mielopatía cervical espondilótica», es decir, la misma patología de la que fue diagnosticada en septiembre de 2009 y respecto de la que se indicó, tras tratamiento conservador de 6 meses, tal cirugía desde aquella fecha, el 4 de febrero de 2013 y reintervenida el 4 de marzo de 2013, pero fallece, fatalmente, tras presentar un deterioro respiratorio el 25 de marzo de 2013.

Pues bien, tal retraso se justifica en el informe del SIP, y se acoge en la Propuesta de Resolución como acreditativo del adecuado funcionamiento del servicio asistencial, en que, tal y como también se señala en el informe del Jefe de Neurocirugía del CHUIMI, la paciente tenía alto riesgo quirúrgico, por sufrir hipertensión arterial, diabetes mellitus y asma bronquial.

Así señala la Propuesta de Resolución:

«En relación con la asistencia prestada el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones indica, constatamos, que estando ingresada la paciente en la Lista de Espera Neuroquirúrgica (agosto de 2011) para intervención de mielopatía cervical espondilótica, al tiempo estaba siendo tratada en la Unidad del Dolor, tras haber sido operada -en ambas manos- del Síndrome del Túnel Carpiano (enero de 2009 y reoperada el 1 de febrero de 2011). En diciembre de 2011, fue ingresada en el hospital por presentar, además, agudización de su Artrosis de Rodilla; continuando en tratamiento -en la Unidad del Dolor-, hasta el 8-5-2012.

Luego, si la paciente ya estaba siendo tratada en la Unidad del Dolor, por padecer algias en manos y rodillas (todas ya operadas), consideramos que no sería el momento propicio para realizar una nueva cirugía que añadiría más dolor, si cabe, al ya padecido, lo que elevaría sin duda el umbral doloroso de la paciente.

Asimismo colegimos, que fue avisada de la Lista de Espera Oftalmológica para ser intervenida de Cataratas en julio de 2012. Este tipo de intervención tiene un post-operatorio inmediato y otro mediano, con sus respectivos controles, máxime si se trata -como en el caso analizado-, de una paciente diabética.

Así pues y como consecuencia de esta intervención de cataratas y su post-operatorio, se postergaría, también, la intervención neuroquirúrgica de la Mielopatía.

Por último, fue tratada por el Servicio de Neumología en noviembre de 2012, por presentar Asma. Obviamente, luego del proceso asmático, la paciente no se hallaría en las mejores condiciones desde el punto de vista respiratorio, para proceder a una inducción anestésica y una nueva intervención quirúrgica -la neurocirugía de la mielopatía-. De modo que, no estaría indicado el procedimiento quirúrgico, hasta no bien pasados unos meses.

Por lo tanto la paciente presentaba múltiples patologías, que hacían mantener una actitud prudente en cuanto a intervenciones quirúrgicas.

En este sentido el informe del Jefe de Servicio de Neurocirugía de fecha: 5-8-2016, indicó: (...) Además de estos problemas de salud, la paciente presentaba alto riesgo quirúrgico, debido a su Hipertensión arterial, la Diabetes y el Asma bronquial.

Por ello a juicio del Servicio de Inspección y Prestaciones, cuando surgió -en la paciente, el 28-1-2013, en el Servicio de Urgencias del CHUIMI-, la incapacidad a la deambulaci3n con tetraparesia adem3s de espasticidad en las cuatro extremidades, desorientaci3n (todo ello

debido a su Mielopatía cervical espondilótica, que se reagudizó), es cuando se decide su ingreso para manejo quirúrgico».

A la vista de lo expuesto llama la atención que la intervención del túnel carpiano, el asma y las cataratas hayan sido priorizadas y su realización, unilateralmente por los servicios asistenciales, haya postpuesto la de mielopatía cervical, en la que estaba en lista de espera la paciente desde 2009.

Además, el riesgo quirúrgico al que se alude (hipertensión, diabetes y asma), son inherentes a la paciente, de manera que no desaparecerían con el paso del tiempo, por lo que no se justifica postponer la intervención que nos ocupa por tales causas que, por otro lado, no impidieron realizar las demás intervenciones quirúrgicas, máxime cuando de todas formas debía realizarse la intervención de Mielopatía cervical espondilótica.

Sin embargo, sólo se realiza cuando ya es demasiado tarde y ha de programarse de forma urgente, observándose en la RMN cervical realizada en la fecha de ingreso: Estenosis del canal medular por hernias discales C3-C4 y compresión severa C4-C5 y C5-C6. Así se dice en informe de alta: «Ante la progresión del déficit se decide su ingreso para manejo quirúrgico». «Se corroboró una lesión medular completa desde el punto de vista motor».

De hecho, justamente en este momento de descompensación, ya el propio informe del SIP reconoce que no es pacífica en la literatura médica la indicación de intervención quirúrgica, señalando:

«Constatamos: que el tratamiento quirúrgico de la mielopatía espondilótica cervical descompensada de forma aguda, no resulta claro en la literatura médica. Algunos autores se decantan por una cirugía lo más urgente posible desde la descompensación/agudización y otros, en cambio, se inclinan por esperar y “enfriar” el proceso inflamatorio agudo -generado por la presión en la médula- y diferir la intervención, unas 3-4 semanas».

Ello coadyuva a adoptar la conclusión de que, estando indicada la intervención de mielopatía desde 2009, y constando que en 2011 se introdujo en lista de espera para tal intervención, debió haberse realizado mucho tiempo antes, siendo el momento menos indicado, de hecho, cuando se realizó, ya muy deteriorada la paciente y tras años de dolor y limitación funcional, momento en el que es discutible su conveniencia (ya estando descompensada de forma aguda), y cuando ya resultó demasiado tarde.

Consta en informe de alta por *exitus* de la paciente como diagnósticos: *exitus* secundario a insuficiencia respiratoria; mielopatía cervical espondilótica operada (Nurick 5).

Por su parte, el informe del Jefe de Neurocirugía del CHUIMI afirma: «La paciente (...) de 68 años, falleció a consecuencia de una insuficiencia respiratoria severa, agravada por la tetraplejia, que no fue posible recuperar, a pesar de los esfuerzos realizados por el personal sanitario».

Observamos por todo ello, que, si bien se han seguido, como bien afirma la Propuesta de Resolución, las pautas diagnósticas establecidas para estos casos, no así las terapéuticas, pues no se justifica adecuadamente el retraso en la realización de la intervención quirúrgica, habiendo resultado el momento de su realización muy tardío.

3. En lo que ahora interesa, y de acuerdo con reiterada jurisprudencia (SSTS de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, 4 y 12 de julio de 2007, 24 de noviembre de 2009, 23 de septiembre de 2010, 27 de septiembre de 2011, 2 de enero de 2012) la privación de expectativas en que consiste la denominada «pérdida de oportunidad» constituye igualmente 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. En el presente caso, la demora en la realización de la intervención quirúrgica se tradujo en una privación de expectativas de mejorar su calidad de vida y evitar sufrimientos y dolores a la paciente, y se configura, como reconoce la jurisprudencia, como un daño indemnizable.

No puede afirmarse con certeza que la realización con antelación de la intervención hubiera salvado la vida de la paciente, lo que ya nunca se sabrá, pero sí hubiera mejorado su calidad de vida, pues así se detrae de la historia clínica a raíz de su inclusión en la lista de espera de 22 de agosto de 2011, donde se señala por el médico informante: «Indico tratamiento quirúrgico vía anterior. Se le explica a la paciente que mejorará pero no del todo. Se le pone en lista de espera».

Además, como bien señala el informe del Jefe de Neurocirugía del CHUIMI, la insuficiencia respiratoria por la que falleció la paciente, había sido agravada, precisamente, por la tetraplejia, a la que dio lugar el retraso en la intervención de la paciente.

Por todo ello, entendemos que el retraso en la realización de la indicada intervención quirúrgica y su realización en el momento de descompensación aguda de la mielopatía que padecía (...), dando lugar a la agravación de su patología

respiratoria además, la privaron de las posibilidades de curación o, al menos mejoría, siendo indemnizable este daño a su familia, que reclama tanto por los daños morales por su pérdida, como por los sufridos por el «calvario» anterior y posterior a su muerte.

Resulta, por todo ello, clara la relación de causalidad entre el daño por el que se reclama y el mal funcionamiento de la asistencia sanitaria, que no actuó conforme a la *lex artis ad hoc* al dilatar injustificadamente la intervención realizada a la paciente desde 2009 hasta febrero de 2013.

4. Por lo que se refiere a la valoración del daño, es preciso tener en cuenta que, como dice la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 2 de enero de 2012, no es el daño material correspondiente al hecho acaecido el concepto indemnizable «sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente».

Por estas razones y con base en los criterios de ponderación y equidad señalados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se considera adecuado que se indemnice a los reclamantes en la cantidad que resulte de aplicar el 10% a la cantidad reclamada, ya que se trata de indemnizar la pérdida de oportunidad padecida por la paciente, consistente en un daño moral por los sufrimientos padecidos, que podrían haberse paliado de realizarse la intervención quirúrgica desde que fue diagnosticada y fue incluida en la lista de espera para la misma.

Esta cantidad deberá actualizarse teniendo en cuenta la fecha en que se ponga fin al procedimiento (arts. 141.2 y 3 LRJAP-PAC).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues procede estimar parcialmente la reclamación del interesado en los términos expuestos en el presente Dictamen, valorando adecuadamente el importe a satisfacer, que se deberá actualizar en la fecha en que se ponga fin al procedimiento.