



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 30 de enero de 2020.

Dictamen solicitado por la Excm. 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. 495/2019 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, 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 una indemnización de 148.525,44 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Sra. Consejera 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 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. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, 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.

* Ponente: Sra. de León Marrero.

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 Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 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.

Por su parte, la resolución de la reclamación es competencia del Director del citado 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.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo el reclamante la condición de interesado, pues entiende que ha sufrido en su esfera personal un daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP].

Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues ésta se presentó el día 10 de julio de 2018, esto es, dentro del plazo de prescripción de un año señalado por el art. 67 LPACAP.

6. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 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).

7. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación la citada Ley 39/2015, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, 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.

II

1. El reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

A este respecto, el reclamante expone, en síntesis, lo siguiente:

a) El día 8 de marzo de 2015 (...) es diagnosticado de infección por VIH en (...), siendo ingresado en la Unidad de Medicina Intensiva (UMI) por deterioro de su cuadro clínico.

b) El día 13 de marzo del mismo año es derivado a la UMI del Hospital Universitario de Canarias (HUC), donde se le induce al coma y permanece ingresado con ventilación mecánica hasta el día 25 de marzo.

c) El paciente inicia tratamiento con antirretrovirales; uno de ellos, «*Tenofir*», con efectos secundarios tales como dolor en los huesos o articulaciones. Pasados unos meses, empieza a sentir dolores en la cadera izquierda. Acudió el día 27 de julio de 2016 a (...) para que le realizasen una RMN que objetivó necrosis avascular de la cabeza del fémur, posiblemente causada por el tratamiento antirretroviral, como así le indicaron los especialistas.

d) En junio de 2016, tras retirar el tratamiento, se incluye en lista de espera quirúrgica para «*perforación y revascularización de la cabeza del fémur*» (en documento aportado por el propio reclamante se observa error en la fecha alegada, puesto que la lista de espera quirúrgica fue suscrita con fecha 15 de septiembre de 2016).

e) Transcurridos varios meses, la sintomatología dolorosa aumenta, con importantes problemas para la sedestación, bipedestación y deambulación, requiriendo el uso de muletas para ello.

f) En febrero de 2017, el servicio de Traumatología indica el carácter urgente de la intervención, ya que no estaban indicados los desproporcionados tiempos de espera de la misma.

g) El día 28 de marzo de 2018 y con el preoperatorio realizado, se solicita una prueba de imagen para ver el estado del paciente.

h) Con fecha 18 de abril del mismo año, se evidencia pérdida de esfericidad que descarta la intervención quirúrgica por la cual llevaba esperando tanto tiempo y se decide la colocación de prótesis total de cadera, una intervención más complicada que la anterior y con una recuperación más lenta, puesto que, debido al paso del tiempo, la situación del reclamante se agravó.

i) Por otra parte, durante el período en que el reclamante estuvo ingresado en el HUC, se le generó un granuloma en las cuerdas vocales causado por la intubación/extubación del paciente. Es derivado a rehabilitación con logopeda. El otorrino le informa de que, si su voz no mejoraba tras rehabilitación, tendría que ser intervenido.

j) La disfonía no mejoró, y tras ponerlo en conocimiento del SCS en varias ocasiones, el facultativo le informa de que no tenía un granuloma, sino un quiste del cual debía ser operado, por lo que se incluyó en lista de espera.

El cambio de diagnóstico de granuloma a quiste refleja el empeoramiento de la patología por falta de tratamiento quirúrgico, o bien el evidente error en el diagnóstico con la consecuente falta de tratamiento.

k) El paciente es seguido en el Servicio de Psiquiatría del CAE Puerto de la Cruz, el cual emite informe con fecha 4 de agosto de 2017 en el que se concluye que está incapacitado para trabajar.

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, el interesado formula reclamación señalando, por un lado, que tras ser diagnosticado de necrosis avascular de la cabeza del fémur del 50% y ser incluido en lista de espera quirúrgica, transcurrió tanto tiempo sin ser intervenido que su situación se agravó hasta el punto de tener que cambiar la intervención indicada inicialmente por la colocación de prótesis total de cadera y, por otro lado, que a pesar de no producirse mejoría tras rehabilitación por granuloma en cuerda vocal, no fue intervenido del mismo, y en la actualidad el diagnóstico es de quiste por el que se tiene que intervenir, con retraso imputable al Servicio Canario de Salud.

3. El reclamante insta el resarcimiento -con arreglo al baremo de tráfico- de los daños sufridos a raíz del retraso en la prestación sanitaria dispensada por el Servicio Canario de Salud, cuantificando la indemnización solicitada en 148.525,44 euros.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante escrito con registro de entrada el día 10 de julio de 2018, (...) insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

2. Con fecha 19 de julio de 2018 se formula requerimiento al interesado para que mejore su reclamación inicial, trámite que es cumplimentado por éste mediante escrito presentado el día 3 de agosto de 2018.

3. Mediante resolución de 21 de agosto de 2018 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación formulada y con idéntica fecha, se solicita al Servicio de Inspección y Prestaciones (en adelante, SIP), a la vista de la historia clínica y recabado el oportuno informe del servicio cuyo funcionamiento haya presuntamente ocasionado la lesión, la emisión de informe en el que se concreten los siguientes extremos: a) lesiones producidas y presunta relación de causalidad entre dichas lesiones y la actuación del servicio público sanitario b) cuantificación, en su caso, de la indemnización procedente y c) cualquier extremo que en relación con ese tema, considere de interés. La citada resolución se notifica al interesado el día 28 de agosto de 2018.

4. Con fecha 5 de febrero de 2019, el SIP emite informe relativo a la asistencia sanitaria prestada a (...) (art. 81.1 LPACAP). Junto a su informe, el SIP aporta: la información facilitada por el reclamante, el informe del Servicio de Medicina Interna-Sección de Infecciones que responde al contenido del hecho segundo de la reclamación, informe de la unidad de Medicina Intensiva del CHIC que responde a los términos de la reclamación sobre la posibilidad de granuloma laríngeo por intubación. Informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología sobre las consecuencias en este paciente del retraso en la intervención quirúrgica de necrosis avascular de cabeza de fémur izquierdo, informe del servicio de Otorrinolaringología sobre las consecuencias en el paciente del retraso en la intervención quirúrgica de granuloma laríngeo, informe del servicio de admisión sobre el retraso de la intervención quirúrgica del reclamante incluido en los hechos tercero y noveno de su

escrito, historia clínica obrante en (...) e historia clínica obrante en la Gerencia de Atención Primaria del área de salud de Tenerife.

5. El día 11 de febrero de 2019, la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dicta acuerdo probatorio, admitiéndose a trámite las pruebas propuestas por el interesado e incorporando -como prueba documental- la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

El acuerdo probatorio se notifica al interesado el día 18 de febrero de 2019.

6. El 18 de febrero de 2019, se notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia, a fin de que en el plazo de diez días pueda acceder al expediente y alegar lo que a su derecho convenga.

7. Tras varios intentos -documentados en el expediente- de remitir el expediente por vía electrónica, finalmente se consigue con fecha 12 de abril de 2019.

8. Con fecha 30 de abril de 2019, el interesado presenta escrito de alegaciones, reiterando los argumentos recogidos en el escrito de reclamación inicial y cuantificando de forma detallada los conceptos y cuantías indemnizatorias reclamadas.

9. Con fecha 23 de octubre de 2019, el SIP emite informe complementario, realizando una cuantificación en concepto de daño moral a instancias de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud.

10. Mediante escrito de 25 de noviembre de 2019, el interesado presenta escrito de alegaciones en relación con el contenido del informe complementario del SIP.

11. No se emite el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

12. Mediante oficio de 16 de diciembre de 2019 (con registro de entrada el día 17 de ese mismo mes y año), la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias solicita la emisión del Dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo.

IV

1. La Propuesta de Resolución analizada estima parcialmente la reclamación interpuesta por (...), entendiendo que concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En este sentido, el órgano instructor estima la pretensión indemnizatoria planteada por el interesado al entender, en el caso de la patología de cadera (no así en el caso de la de otorrinolaringología) que la excesiva demora en recibir la prestación sanitaria como consecuencia de la existencia de listas de espera supuso la producción de un daño antijurídico al perjudicado por el que éste ha de ser indemnizado.

2. Pues bien, una vez examinado el contenido del expediente remitido a este Consejo Consultivo, y habida cuenta de la prueba practicada en las actuaciones, procede señalar lo siguiente:

2.1. Respecto a la primera de las cuestiones planteadas por el interesado: indemnización de los daños irrogados al reclamante por la demora en la prestación de la asistencia sanitaria, dado que, tras ser diagnosticado de necrosis avascular de la cabeza del fémur del 50% y ser incluido en la lista de espera quirúrgica, transcurrió tanto tiempo sin ser intervenido que su situación se agravó hasta el punto de tener que cambiar la intervención inicialmente prevista por la colocación de prótesis total de cadera, procede destacar los siguientes aspectos relevantes del informe del SIP (páginas 13 y ss.):

«1.- En junio de 2016 el paciente (...) fue derivado al Servicio de Traumatología del HUC por coxalgia izquierda de meses de evolución. En julio de 2016 se realiza Resonancia Magnética de dicha cadera y es diagnosticado de necrosis avascular de la cabeza del fémur izquierdo, afectación del 50% de la cabeza femoral.

El Traumatólogo lo pone en lista de espera para cirugía, anotando el 15 de septiembre de 2016: necrosis avascular de cadera izquierda, en lista de espera quirúrgica para perforaciones/técnicas de revascularización. En esta época el paciente ya deambulaba con una muleta (anotaciones del Traumatólogo que lo controla en septiembre de 2016). El paciente fue tratado por dicho servicio en espera de la cirugía. En radiografía de la articulación afectada, en febrero de 2017, el estado de la misma es igual al de septiembre de 2016, sin cambios.

En abril de 2018, tras nuevo estudio Traumatólogo dentro del seguimiento del paciente en el servicio, y tras valorar resultados pruebas diagnósticas, determina cirugía de colocación prótesis en la cadera afecta, debido a empeoramiento. Se mantiene en la lista de espera

quirúrgica donde estaba, pues ya tenía efectuadas las pruebas de preanestesia y es apto tras ellas.

El paciente reclama que el empeoramiento acontece por el retraso en la realización de la cirugía, y que la opción actual debido a ello es la colocación de prótesis en dicha cadera afecta. (...)

En abril de 2018 se produce el paso entre la fase II y la III tras realización de la correspondiente RX, y por tanto el especialista cambia el tipo de tratamiento quirúrgico hacia una prótesis total de cadera.

Por tanto, es entre febrero de 2017 y abril de 2018 donde ocurre el cambio en la patología que cambia a su vez el tipo de tratamiento.

Pensemos que desde septiembre de 2016 y febrero de 2017 pasan 5 meses, y entre febrero de 2017 y abril de 2018 pasan 13-14 meses, que es el periodo en que hubo un cambio en la patología del paciente que conllevaría otro tratamiento al prescrito previamente.

Pero el paciente no reclamó ni antes de 2017 ni después de 2017, el paciente reclama el 24 de septiembre de 2018 en el Hospital Quirón, y se interviene en octubre de 2018 de prótesis total de cadera. (...)

La enfermedad de base, el HIV, es causa en la patogenia de la necrosis avascular de la cabeza del fémur. Sobre ello, el tratamiento recibido, primero los corticoides y posteriormente el tratamiento antirretroviral producen déficit de irrigación al hueso, osteoporosis y osteonecrosis, hechos implicados en la necrosis avascular del fémur.

3.- Las listas de espera quirúrgica son un problema en todos los hospitales públicos y la especialidad de Traumatología y Cirugía Ortopédica una de los que más lastre lleva en ello, y no solo en nuestro país, igualmente ello es común en los países desarrollados. Si hay pacientes con la misma prioridad, se sigue el listado de los anotados, el problema es que es mayor la demanda y cada vez más.

4.- Las patologías que afectan al paciente como es la infección HIV es importante tanto en la aparición de la necrosis avascular del fémur izquierdo en 2016, como en el empeoramiento posterior de la misma afección. Si su enfermedad de base es generadora de la patología de cadera, igualmente acelera el proceso, no ayuda a la regeneración, además el grado de calidad ósea existente es básico.

El grado en que sus antecedentes patológicos influyen en el empeoramiento en el transcurso del tiempo, y el que éste sea más o menos rápido es importante. Igualmente, el grado de mejora que pueda sufrir tras una u otra intervención tampoco es fiable.

El problema principal de la patología, una devastadora afección, es que no hay hasta el momento un tratamiento ideal que calme el dolor, prevenga el deterioro de la cadera y preserve la cabeza femoral. No se garantiza. Muchas veces continúa el problema progresando

independientemente del método utilizado en el tratamiento. El tratamiento constituye un problema de grandes proporciones en la actualidad. Ningún método de forma aislada o combinada ha demostrado prevenir la progresión de esta enfermedad.

A pesar de los grandes avances de la ciencia el tratamiento de la osteonecrosis femoral constituye un tema polémico. La influencia del retraso en el tratamiento quirúrgico es controvertida y los datos no son concluyentes. Los pacientes a los que se les realiza perforaciones tienen como beneficios alivio del dolor posible pero sobre todo demora para la artroplastia (aunque) no se exime de ello.

La actitud terapéutica depende en gran parte del estadio de necrosis, siendo la clasificación más utilizada la de Ficat. En los estadios precoces se puede realizar una descompresión central o injertos, para intentar revascularizar la zona necrótica, o bien realizar una osteotomía. Se recomienda sobre todo la osteotomía según algunos estudios científicos para aquellos pacientes que no superen más de un tercio de la necrosis en la cabeza femoral, lo cual no es el caso del paciente objeto de este estudio, que en 2016, en septiembre, presentaba una afección de más del 50% de cabeza femoral, un grado C del estadio II.

O sea que llegados al estadio IIC estamos en un caso o momento límite entre unas técnicas más o menos conservadoras y la prótesis total de cadera.

A tenor de lo anterior hay que referir el caso concreto del paciente y reclamante con sus antecedentes y consecuentes particulares».

A partir de lo expuesto anteriormente, el informe del SIP formula las siguientes conclusiones.

Por un lado, se afirma que «la patología de base del paciente es importante (...) porque está demostrada como causa de la afección (de la) cadera». De tal manera que, tanto la «(...) evolución como la mejora de la necrosis de cadera no se garantiza con la cirugía, por lo que la primera cirugía que se prescribe en septiembre de 2016 no es garantía de mejora o de evitar finalmente la artroplastia de cadera».

Y, por otro lado, se advierte que «(...) el caso del paciente y reclamante (...) no es un caso típico y común, en el cual podemos aplicar los mismos parámetros que en el resto de los pacientes afectados de necrosis avascular de la cabeza femoral. El intenso tratamiento corticoide produce en el hueso rápida pérdida de masa ósea y pérdida de la calidad del hueso, osteoporosis. Es importante reseñar la enfermedad que padece, la infección por HIV, que está en la génesis de la patología ósea estudiada. Ésta es una enfermedad crónica, que se estabiliza más o menos con el tratamiento, pero no se elimina, no cura. Ambos tratamientos producen y/o aceleran el proceso, igualmente.

A su vez está en la génesis de su enfermedad tanto el tratamiento médico recibido previamente como el actual. El tratamiento actual, los antirretrovirales es crónico. Este tratamiento lo seguiría recibiendo tras la primera cirugía que se propuso en principio y por tanto la garantía de éxito de ésta ya de por sí poco precisa, añadiendo los factores que aporta el paciente, aumenta la probabilidad de desencadenamiento a prótesis total de cadera finalmente».

Es por todo ello que el SIP entiende que «(...) no es la lista de espera, la espera en la misma, la causa final que ocasiona la designación de la prótesis de cadera como tratamiento, necesario para su proceso desde abril de 2018, sino las razones dadas que hacen que se acelere el proceso, en el caso del Sr. reclamante. Y a su vez, aunque se hubiera efectuado el primer tratamiento antes de la evolución del proceso a una prótesis total de cadera, entra dentro de una gran probabilidad la ejecución de la misma igualmente con posterioridad».

2.1.1. En la misma línea apuntada por el informe del SIP de 5 de febrero de 2019, se manifiesta el informe complementario emitido el 23 de octubre de 2019 por el mismo Servicio.

Así, en su apartado primero, párrafo cuarto se señala que «(...) existe controversia entre emplear como tratamiento en caso de pacientes con necrosis avascular de cadera la revascularización de la zona afecta o bien directamente la prótesis total de cadera»; recordando que «(...) entre las causas de este padecimiento están (...) las secundarias a patologías tales como la toma crónica de corticoides y las enfermedades, en éstas, la infección VIH, ambos padecimientos los presentaba el paciente y reclamante».

Pues bien, el informe complementario del SIP es tajante al señalar, nuevamente, que «dada la patología de base del paciente, de haberse operado antes de la cadera, hubiera necesitado con el tiempo (...) una artroplastia de cadera igualmente».

No obstante, debe aceptarse, tal y como hace la Propuesta de Resolución, que, aunque no se haya producido una actuación médica contraria a la *lex artis*, consta acreditado en el expediente, que el lapso de tiempo de más de dos años que se produjo entre la inclusión del paciente en la lista de espera y la efectiva realización de la operación, con la consecuente necesidad de modificar el tipo de intervención quirúrgica, provocó en el paciente un daño que no tenía el deber de soportar, pues de haberse realizado en el tiempo previsto la primera operación podría haberse retrasado, siquiera en hipótesis, la segunda intervención.

La pérdida de oportunidad terapéutica se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos sumandos de difícil concreción,

como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad, o alcance del mismo. Por ello, hemos de movernos en el terreno de la probabilidad.

Así la STS de 10 de octubre de 1988, en la que por primera vez se invoca esta figura, indica que, existiendo esa conducta negligente sin malicia desde el punto de vista profesional, si la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación, dependiente de una multitud de factores, no se le puede imputar a la demandada más que la pérdida de una oportunidad. Esto es, sólo se le puede imputar la pérdida de unas expectativas. En el mismo sentido, la STS de 24 de noviembre de 2009: *«La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, configurándose como una alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en los que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio»* y que *«sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, 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 sentido de lo expuesto, tiene declarado este Consejo Consultivo (Dictamen 415/2019): *«En relación con esta materia, como hemos manifestado en diversas ocasiones (ver por todos Dictamen 287/2017, de 6 de septiembre), 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, concurrieran circunstancias que evidenciaran una alta probabilidad de que de haberse ofrecido las oportunidades perdidas se hubiera evitado o disminuido el daño.*

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 ha 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, recurso casación n.º 6676/2003).

Pues bien, como hemos dicho en el reciente Dictamen 300/2019, de 12 de septiembre, para esta 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, recurso casación n.º 1247/2014)».

2.1.2. Así pues, siguiendo lo informado por el SIP, los daños reclamados por el interesado (sustitución total de la cadera izquierda por una prótesis -de la que es intervenido finalmente el día 15 de octubre de 2018- derivada de la excesiva demora en la prestación de la asistencia sanitaria -a raíz de su inclusión en la lista de espera-) se hubieran producido *«igualmente»* y con *«una gran probabilidad»* (incluso *«de haberse operado antes de la cadera»*, mediante las técnicas quirúrgicas indicadas inicialmente -perforaciones/revascularización-), dadas las especiales circunstancias que concurrían en el reclamante -paciente afectado por virus de VIH, sometido a intensos tratamientos con corticoides y antirretrovirales-.

Pero ello no nos impide reconocer, siguiendo a la Propuesta de Resolución, que existe «una relación causal entre el agravamiento de la patología del reclamante, con la demora en ser intervenido. Una demora en la intervención quirúrgica, catalogada con la prioridad máxima, de más de dos años, que ha ocasionado un cambio en la estrategia quirúrgica, y por la que debe ser indemnizado».

2.1.3. Uno de los grandes problemas de la doctrina de la pérdida de oportunidad, es la cuantificación de la indemnización, que, por supuesto, en ningún caso podrá ser del 100%, ya que no era seguro el resultado esperado, por lo que la proporción se sitúa entre el 50% por la frustración de la probabilidad o reducirlo cuando la certeza sea inferior. Así, señala la STS de 6 de febrero de 2018: *«no procede la indemnización por la totalidad del daño sufrido sino que la misma ha de establecerse en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió»*. En el mismo sentido, la STSJ de Madrid 2316/2006 de 23 de octubre: *«La obligación de indemnizar ha de girar sobre la base de la pérdida de oportunidad apreciada, no por la totalidad de los daños causados»*.

La Propuesta de Resolución, en su punto 3, denominado *«Cuantificación de la indemnización»*, señala:

«(...) Según la tabla contemplada en la Ley 39/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y su actualización económica a 2019:

Prótesis total de cadera por necrosis cabeza femoral 20-25 puntos.

Teniendo en cuenta que la necrosis de cabeza femoral tienen cuatro grados y que el agravamiento de la patología supuso el cambio del grado II al grado III, es decir, de un solo grado, optamos por otorgar una puntuación de 22.

En la tabla 2.A.2. de Baremo Económico, le correspondería, según edad y puntuación, la cantidad de 27.734,50€

$$27.734,50€ \times 0,4\% = 27.845,44€$$

Actualización de la cantidad en base al IPC General correspondiente a noviembre de 2019

Esta cuantía incluye tanto los daños físicos como morales (...).

La Propuesta de Resolución justifica -siquiera sucintamente- el *quantum* indemnizatorio con arreglo a los baremos económicos previstos en la Ley 39/2015, y establece 22 puntos, teniendo en cuenta que el incremento fue solo de un grado.

2.2. Por lo demás, en lo que se refiere a los daños irrogados al reclamante por el Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la excesiva demora en la prestación de la asistencia sanitaria -a través de su inclusión en las correspondientes listas de espera quirúrgica- en relación con su patología de cuerdas vocales y dada la falta de aportación, por parte del interesado, de algún instrumento de prueba sobre el que sustentar sus alegaciones (art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), resulta procedente compartir los argumentos desestimatorios contenidos en la Propuesta de Resolución.

En este aspecto, resulta oportuno traer a colación lo informado por el SIP respecto a la «*patología de cuerdas vocales*» (página 11 del informe):

«Con respecto al granuloma en cuerdas vocales el Servicio de Medicina Intensiva nos informa al respecto los siguientes aspectos de lo acontecido tras su ingreso por la neumonía grave sufrida:

a. Que el paciente fue intervenido quirúrgicamente a los 13 años de patología torácica, toracotomía, intervención que requiere intubación orotraqueal.

b. La intubación orotraqueal que se realizó por necesidad perentoria en el HUC por el Servicio de Medicina Intensiva, por médicos de dicho servicio, formados en intubaciones en

momentos críticos, no especifica nunca lesión o daño en las cuerdas vocales o en la zona, ni en historial ni en informes.

c. En el HUC y con posterioridad se realiza Fibrobroncoscopia el 16 de marzo de 2015, y tampoco se observa, ni se objetivan lesiones tras la intubación en esta prueba, no lesiones en cuerdas vocales.

d. Debido a la mejoría del paciente se puede retirar el tubo el 23 de marzo de 2015, no consta en la historia síntoma alguno de afección de las cuerdas vocales.

e. Igualmente al alta del Servicio de Medicina Intensiva a planta de hospitalización tampoco el paciente se queja de sintomatología al respecto.

Lo que nos plantea el informe de Medicina Intensiva del HUI es que hay dudas al respecto de que el granuloma o cualquier lesión, fuera ocasionado por la intubación, dado que ellos fueron los espectadores y actuantes del proceso de intubación y posteriormente en la fibroscopia tampoco se demuestra tales hechos. Para hacer más hincapié, el paciente no tiene clínica de dicha afección laríngea al salir de dicho servicio, ni se queja al respecto. No hay pruebas.

2.- El Servicio de Infeccioso en diciembre de 2015 remite al paciente por disfonía al ORL.

En informe solicitado al Servicio de ORL el Dr (...) es quien lo emite y el que refiere lo que "el paciente presentaba en la cuerda vocal izquierda: "destacan signos inespecíficos de laringitis por reflujo, y que los signos observados no es un auténtico granuloma, pero sí son signos que preceden al mismo". Esta puede ser la causa de los datos de si existe granuloma o no.

Dado el diagnóstico de presunción, que sí efectúa el Servicio de ORL, de lesión por Reflujo Gastroesofágico-Laríngeo, se emite tratamiento médico pertinente y medidas en cuanto a la utilización y manejo de la voz.

Tras seguimiento, poca mejoría y deciden remitir a la Unidad de voz, se estudia adecuadamente, se diagnostica hipercinesia laríngea (grupo de alteraciones de la voz que cursan con una actividad excesiva de los músculos laríngeos durante la fonación), pautándose rehabilitación logopédica que inicia en enero de 2016.

Según el Servicio de Logopedia el paciente mejoraba, pero entre los meses de agosto a septiembre de 2016 falta al seguimiento logopédico, no volverá hasta julio de 2018.

En mayo y en septiembre de 2017 falta a su cita con ORL, reaparece en consulta el 25 de abril de 2018, se le realiza nueva Fibroscopia y se diagnostica quiste intracordal de la cuerda vocal derecha y proponen fonocirugía.

Hay otro ORL que lo reexplora en julio de 2017 y refiere no encontrar la lesión intracordal aunque sí relata la hipercinesia laríngea.

El Dr (...) nos refiere en su informe que “los granulomas laríngeos son lesiones patognomónicas de la enfermedad por reflujo, son fáciles de identificar cuando son floridas pero muchas veces comienzan áreas con eritema, denudadas de mucosa sobre el cartílago de la cuerda vocal, la mayoría de ellos curan con tratamiento médico.” Esta es una razón para que no se viera en determinados momentos el citado granuloma.

A su vez nos comenta en su informe que “los quistes intracordales se llenan y se abultan o se vacían y desaparecen de forma esporádica, pero su tratamiento termina siendo quirúrgico”. *No son lesiones malignas.*

“Los mecanismos compensadores que el propio paciente crea secundariamente a cualquier trastorno laríngeo deben tratarse por el Servicio de Logopedia, a estos mecanismos nos referimos cuando hablamos de hipercinesia laríngea”.

Por todo ello no encontramos mala praxis, están justificados los diagnósticos y según la patología diagnosticada actúan. Dada la patología, benigna, que aparece y desaparece, su curso, los diagnósticos etc., no es exagerada la lista de espera tras fecha de propuesta de cirugía».

3. A la vista de todo lo anteriormente expuesto, ha de concluirse que concurren los requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en los términos propuestos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...), es conforme a Derecho.