Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 9 2 / 2 0 2 0

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 25 de noviembre de 2020.

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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 433/2020 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado mediante oficio firmado el 13 de febrero de 2020 por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias (Registro de entrada en el Consejo Consultivo el 14 de febrero de 2020), es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS).

2. La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo es preceptiva por razón de la cuantía reclamada que asciende a 16.365,49 euros, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. Es aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y el art. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; 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; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

---

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), la cual reclama en su propio nombre, al haber sufrido daños personales, por la presunta actuación negligente del Servicio Canario de la Salud (art. 4 LPACAP).

En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta el Servicio Canario de la Salud, como titular del Servicio Público Sanitario.

2. 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, 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.

A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos de este Servicio.

3. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues la reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone el 28 de enero de 2019, habiendo sido intervenida el 9 de agosto de 2018 y el 22 de marzo de 2019.

III

La reclamante en su escrito inicial expone en esencia lo siguiente:

«El HUC me ingresa el día 8 de agosto de 2018 para el día 9 de agosto realizar una operación de artroscopia de maxilofacial. Cuando ya estoy con anestesia general descubren que dicho artroscopio está averiado y usan un artroscopio de rodilla, el cual mide el doble. A partir de ahí empiezan dolores muy fuertes de boca y migrañas muy intensas, por lo que la toxina botulímica no hace el efecto que hacía anteriormente. En el informe de alta se describe que debo llevar una dieta triturada hasta nueva orden médica. El 29 de agosto acudo a cita médica y el médico me pregunta si estoy comiendo normal, a lo que respondo que no, porque el informe indica que hasta que el médico no me vea no puedo y además me es imposible, así que hasta octubre me alimento por cañita al no poder abrir la boca. Me dan nueva cita para el 21 de noviembre de 2018 a la que acudo y me mandan hacer un scanner por el dolor tan fuerte. El 12/12/2018 descubro con dicha prueba que hay dos quistes, uno

de ellos operable. A día de hoy estoy esperando una nueva operación, ya que no puedo llevar una vida normal porque no puedo comer por dicha negligencia y he bajado 12 kilos. El día 18/01/2019 vuelvo al maxilofacial debido a los dolores tan fuertes causándome ataques de ansiedad y al ver que sigo sin recibir respuesta acudo al periódico El Dia para solicitar llamada a la mayor brevedad posible. Tras realizar lo dicho el HUC responde dando cita para preanestesia pero sin cita para operar, mientras tanto esto me ha causado no sólo daño físico sino psicológico.

Siendo paciente crónica debido a mi enfermedad [fibromialgia, migraña crónica, depresión (...)] donde estoy tratada por la unidad del dolor, neurología, maxilofacial, psiquiatría (...) con una discapacidad del 67% con 3 puntos de inmovilidad, donde después de dicha operación mi salud ha empeorado como dije anteriormente, no sólo físicamente sino psicológicamente, ya que me han tenido que aumentar los ansiolíticos, antidepresivos y opioides después de haber pasado por una desintoxicación en la UHTD por morfina debido a mi enfermedad, por la unidad del dolor hace tres años.

A día de hoy me encuentro muy desesperada y muy mal debido al dolor tan grande que esta operación me ha causado.

Todo esto me ha llevado a una depresión mayor. Ruego por favor revisen mi expediente, puesto que todo esto me está causando un empeoramiento fuera de lo normal».

IV

1. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver que es de seis meses, transcurrido el cual la reclamación se entiende desestimada presuntamente, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente (art. 21 y 91.3 LPACAP).

2. Principales actuaciones del procedimiento de responsabilidad patrimonial:

2.1. La reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone el 28 de enero de 2019. Reclama una cantidad económica que ascienda 16.365,49 euros.

2.2. Con fecha 1 de febrero de 2019 se requiere a la interesada a fin de que mejore la reclamación inicial. Con fecha 14 de febrero aporta la documentación solicitada.

2.3. El 26 de julio de 2019, el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) emite informe (folios n.º 54 y ss.) que acredita –a la vista de la historia clínica de la paciente y de los informes preceptivos correspondientes- la siguiente sucesión cronológica de hechos:

- La paciente es vista por primera vez en noviembre de 2015 por retrodiscitis ATM izquierda con múltiples puntos gatillo muy dolorosos en músculos masetero izquierdo y ambos temporales. Como antecedentes: Hipotiroidismo, fibromialgia, crisis de ansiedad y síndrome depresivo. Venía siendo tratada por la Unidad del Dolor y por el Servicio de Neurología.

- En marzo de 2018, se vio la RMN realizada en (...), informándose con luxación del menisco de la ATM izquierda con alteración de su morfología y edema con lesión de ligamento posterior. A la exploración presentaba retrodiscitis y capsulitis muy intensa, por lo que se planteó artroscopia de ATM izquierda tal y como recomienda la literatura científica actual y se entregó documento de consentimiento informado, que firmó para la realización de cirugía mínimamente invasiva (artrocentesis/artroscopia) de la articulación temporomandibular que la paciente firmó en fecha 3 de agosto de 2018.

- El 9 de agosto de 2018, es intervenida tras anestesia general. Se procedió a preparar los campos quirúrgicos, infiltrar con anestésico local la piel de la zona donde se iba a introducir el artroscopio y se solicitó a la enfermera instrumentalista el artroscopio. En ese momento tras abrir el material, se objetivó avería en el artroscopio, por lo que no se pudo utilizar. Se solicitó abrir artroscopio de pequeñas articulaciones por sus similares características con el del ATM pero, una vez abierto, se desestimó su uso por presentar un diámetro mucho mayor al del ATM (sin llegar a utilizarse con la paciente).

Ante la imposibilidad de utilizar una artroscopia y dado que la paciente firmó consentimiento informado para la realización de cirugía mínimamente invasiva artroscopia/artrocentesis de la articulación temporomandibular izquierda y, dado que la artrocentesis está aceptada como un procedimiento útil para el tratamiento del dolor ATM y del desplazamiento meniscal por la literatura científica, se decidió realizar artrocentesis de ATM izquierda.

Una vez terminada la intervención se procedió a realizar notificación electrónica del evento al sistema de notificación y aprendizaje para la seguridad del paciente (SINASF) dependiente del Ministerio de Sanidad. Asimismo, se procedió a informar tanto a la familia como a la paciente de la no realización de artroscopia sino de artrocentesis.

Recibe el alta con tratamiento farmacológico y se le prescribe dieta triturada y recomendación de control evolutivo en consultas externas del Servicio de Cirugía Maxilofacial.

- El 29 de agosto de 2018, tiene lugar la primera consulta de revisión. La paciente informa que no puede abrir la boca bien y que continúa con dieta triturada y líquidos. Se solicita TC.

- El 21 de noviembre de 2018, la paciente acude a consulta con los resultados del TC: Persiste la luxación meniscal, además de la existencia de un quiste. Se le propone para nueva intervención quirúrgica, ya que la sintomatología de la boca continuaba.

- El 5 de febrero de 2019 se le realizan las pruebas de preanestesia a efectos de proceder a nueva intervención.

- El 22 de abril de 2019, la paciente es reintervenida por el Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial.

Conclusiones de informe del SIP:

«1.- A tenor de los síntomas y signos detectados en la paciente en el momento de su asistencia, valoración, exploración y pruebas complementarias, en el Servicio de Maxilofacial y en consonancia con todo ello, se decide un diagnóstico de: Luxación Meniscal de la Articulación Temporo-Mandibular izquierda (ATM), y se pauta el tratamiento a seguir consistente en: Intervención quirúrgicamente en el Hospital Universitario de Canarias (HUC), en fecha 9 de agosto de 2018. Consideramos que tal decisión fue la acertada, ajustada a la clínica que refería la paciente en el momento de su atención, y en función de la sintomatología que presentaba en el proceso de enfermedad.

2.- La paciente firmó el documento jurídico de Consentimiento Informado, en fecha: 03-08-2018, para la Cirugía Abierta de la Articulación Temporomandibular. En el apartado de posibles Complicaciones de la cirugía se indica: Empeoramiento de la sintomatología que requieren repetición de artroscopia (artrocentesis) o cirugía abierta (...) Adherencias, cambios degenerativos o anquilosis de la articulación (...) Maloclusión dental posoperatoria.

Consideramos es lo sucedido en la paciente luego de operada de Meniscopexia izquierda, en fecha: 09-08-2018.

No obstante, conocemos por el Informe de la Consulta de Neurología, de fecha: 24-08-2018, que la paciente refiere que "las migrañas fuertes las tiene controladas"; tras la cirugía hace menos de un mes, no ha tenido migraña fuerte que le haya obligado a tomar triptanes.

Nota: Mejoría con BOTOX.

3.- En relación a la pregunta de si el evento acontecido tuvo como resultado el aumento del dolor de la paciente y la imposibilidad para comer dieta normal, es muy complicado establecer una relación causa-efecto clara pero, tal y como se refleja anteriormente, la

dieta líquida-triturada suele ser lo habitual durante las primeras 2-3 semanas y posteriormente se va progresando a dieta blanda. Hay que tener en cuenta los antecedentes clínicos de la paciente, sobre todo su diagnóstico de Fibromialgia y su tratamiento crónico en la Unidad del Dolor, que hacen que sea complicada la resolución completa del cuadro doloroso en este tipo de pacientes.

4.- En relación a la dificultad para la apertura, está demostrado en la literatura científica que si el desplazamiento del menisco en muy grande, la artrocentesis suele no ser suficiente para su recolocación (siendo en este caso superior la artroscopia ó la cirugía abierta) aunque siempre se consigue cierto grado de alivio del dolor. En este caso en particular, probablemente el dolor venga ocasionado por la compresión del ligamento posterior meniscal dado el desplazamiento Meniscal referido en la RNM ya presente antes de la intervención quirúrgica.

5.- En relación a si el uso de un artroscopio 2 mm mayor pudo influir en el resultado decir que NO, porque no llegó a introducirse en la paciente. Se solicitó, se vio que era de mayor diámetro y se desestimó su uso.

6.- Por la observación de la Historia Clínica e Informes analizados, obrantes en el expediente y emitidos por los Servicios Asistenciales del Servicio del Servicio Canario de la Salud que atendieron a la paciente, debe inferirse que no se han vulnerado las buenas prácticas médicas, en el curso de la atención otorgada y, por lo tanto, la actuación dispensada, debe calificarse de: Correcta.

Observamos que se han seguido las pautas diagnósticas y terapéuticas establecidas en estos casos, no existiendo evidencia de que la asistencia prestada haya sido inadecuada a la lex artis.

7.- Consideramos que en ningún momento se ha actuado de mala fe ni realizando mala praxis, y mucho menos sin seguir las directrices marcadas por la lex Artis tal y como se refleja en la demanda. Precisamente, la lex artis nos dice que los tratamientos indicados inicialmente para la disfunción articular (dolor, desplazamiento meniscal, inflamación) son artrocentesís/artroscopia y que, dependiendo de la literatura consultada, parece que incluso puede no haber diferencia en cuanto a resultados en el paciente entre ambos procedimientos.

Por tanto, se actuó según lex artis, se realizó un procedimiento con eficacia demostrada para tratar la patología de la paciente y se notificó al SINASP el evento.

8.- No queda resuelto por parte de la señora reclamante, que la asistencia sanitaria dispensada fuera contraria a la lex artis, ni que se produjera quebranto de las reglas inherentes a la misma; y no se infiere, por ello, que hubiese mala praxis; antes bien, puede sostenerse que existen numerosos elementos de juicio en la historia clínica que acreditan una correcta asistencia y, por tanto, NO debe establecerse responsabilidad patrimonial ya

que la existencia de ésta requiere de nexo causal -que entendemos no existe- entre la atención médica prestada y el resultado adverso; toda vez que para haber lugar a declarar la responsabilidad en la Administración Sanitaria, es indispensable que ésta se demuestre y pruebe por quién la pretende.

9.- Por todo lo hasta ahora expuesto, el Servicio de Inspección Médica y Prestaciones, a la vista de la documentación recabada luego de analizada la reclamación y a la luz de los hechos advertidos, considera -por conclusión razonada- que no cabe estimar la actuación de los Servicios Asistenciales de la Administración Sanitaria como la causa del daño reclamado, toda vez que la asistencia prestada se ajustó a la lex artis ad hoc. Se valoró como correcta la actuación dispensada por aquéllos, y, por tanto, resulta carente de antijuridicidad, puesto que el procedimiento quirúrgico con técnica de Artrocentesis, por Luxación Meniscal de la Articulación Temporomandibular izquierda (ATM), de fecha: 09-08-2018, fue precedido del documento jurídico de Consentimiento Informado, firmado por la paciente hoy reclamante, en fecha 03-08-2018.

10.- Consecuentemente, no concurriendo los requisitos determinantes de responsabilidad, el Servicio de Inspección Médica considera que no procede estimar Responsabilidad Patrimonial en la Administración Sanitaria».

2.4. El 1 de agosto de 2019, se dicta Acuerdo Probatorio admitiendo las pruebas propuestas (folios n.º 219- 220):

A.- Por parte del SCS:

1. Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de 26 de julio de 2019.

2. Informe del Servicio de Neurología (folio n.º 189)

3. Informe del Servicio de Psiquiatría (folio n.º 191- 192)

4. Informe del Servicio de Anestesiología/ Unidad del Dolor (folios n.º 194- 195)

5. Informe de Cirugía Oral y Maxilofacial (folios nº183- 185)

B.- Por parte de la interesada:

1. Documental: *«a fin de que se unan y admitan a la presente reclamación los documentos que se adjuntan al presente escrito*» (folios nº14- 34).

2. Testifical: *«al cirujano maxilofacial, cirujano responsable de la intervención quirúrgica realizada el 8 de agosto de 2018».*

3. Pericial. *«Se solicita valoración médica pericial o informe médico pericial que acredite y valore las secuelas sufridas en las intervenciones quirúrgicas realizadas».*

El 7 de agosto de 2019, se le notifica a la interesada, acuerdo Probatorio. La prueba pericial, finalmente, no es aportada.

La práctica de la testifical del Médico Adjunto del Servicio de Cirugía Maxilofacial se lleva a cabo el 29 de agosto de 2019.

2.5. El 7 de octubre de 2019 se da trámite de audiencia a la interesada a fin de que en el plazo de diez días hábiles pueda acceder al expediente y alegar lo que a su Derecho convenga. Es notificada el 10 de octubre de 2019.

2.6. El 24 de octubre de 2019, se recibe escrito de alegaciones en el Servicio de Normativa y Estudios de la Secretaría General del SCS.

2.7. No se emite informe por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos por tratarse de cuestiones ya informadas en diversos informes de la Asesoría Jurídica Departamental, [Informe AJS 189/17- C (ERP 103/15), AJS 120/17 – (ERP 43/15); AJS 239/17-C –(ERP 137/15); AJS 27/17- C – (ERP 14/14)], conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, modificado por el Decreto 232/1998, de 18 de diciembre.

2.8. La Propuesta de Resolución formulada por la Ilma. Sra. Secretaria General del Servicio Canario de la Salud es de fecha 12 de febrero de 2020.

2.9. El Consejo Consultivo emite Dictamen n.º 125/2020, de 21 de mayo de 2020, por el que solicita informe complementario del SIP o del Cirujano Maxilofacial, el cual se suscribe por el Cirujano Maxilofacial del HUC (...) el día 29 de junio de 2020.

2.10. El 9 de julio de 2020 el Servicio de Normativa y Reclamaciones del SCS pone el informe complementario en conocimiento de la interesada por diez días, lo cual se le notifica el 17 de julio de 2020.

Se reproduce el informe complementario:

«Se consignan las respuestas a las cuestiones formuladas en el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 125/2020.

5.1 Siempre que se va a realizar una intervención quirúrgica se revisa que todas las cajas de material solicitadas estén servidas correctamente por parte del Servicio de Esterilización. No se pueden abrir para verificar que todo funcione antes de la cirugía porque se perdería la esterilidad del material. El Servicio de Esterilización es el encargado de informar de posibles incidencias con el material antes de las intervenciones (falta de material, material roto, uso de material en ese momento por otro servicio, etc). Dado que no había ningún aviso por su parte, se entendió que el material estaba correcto.

5.2 Se notificó la avería del artroscopio el mismo día de la intervención (9 de agosto de 2018), fue recibida por el Servicio de Esterilización el mismo 9 de agosto de 2018 y enviada al Servicio de Ingeniería Biomédica para su reparación. Este último Servicio desestimó la posibilidad de reparación por lo que se decidió adquirir un equipo nuevo, que fue servido por la empresa correspondiente para su uso el día 13 de septiembre de 2018.

5.3 Dado que en muchas ocasiones los pacientes sometidos a procedimientos en la ATM (artrocentesis, artroscopia, cirugía abierta) presentan dolor y limitación a la apertura de la boca durante unas semanas tras la intervención y objetivando en la consulta el día 29 de agosto de 2018 que se conseguía mejoría de la apertura oral forzando la misma y que había gran componente de contractura muscular refleja, se decidió dar un plazo de 2 meses con rehabilitación para valorar si la paciente mejoraba. Dado que no se produjo esa mejoría, se puso nuevamente en lista de espera de manera preferente el día 21 de noviembre de 2018 siendo citada por el servicio de admisiones para la consulta de preanestesia el día 5 de febrero de 2019 momento en el cual el encargado de la programación de nuestro Servicio (Jefe de Servicio) la pudo programar para la cirugía.

5.4 Tal y como se indica en 5.2 a la paciente se le dio un par de meses de margen para evidenciar mejoría clínica. Viendo que no se producía dicha mejoría se decidió programar una nueva cirugía.

5.5 Realmente la paciente sólo tardó 1 mes y medio en ser programada para la nueva cirugía una vez pasó la consulta de preanestesia el 5 de febrero de 2019 (tal y como se refleja en el punto 5.3 la cita para preanestesia es competencia del Servicio de Admisiones).

5.6 La atrofia de cualquier músculo se produce a largo plazo cuando dicho músculo no es utilizado, en este caso el masetero es uno de los músculos implicados en el cierre de la mandíbula (no en la apertura). Dado que la paciente no estaba masticando nada duro es normal que a largo plazo se acabe atrofiando. La contractura y la atrofia serían dos cosas independientes, ya que la atrofia se produce por no uso y la contractura, en este caso en particular, sería muy probablemente algo reflejo secundario al dolor.

5.7 La paciente presenta de base un cuadro de fibromialgia que condiciona dolor casi constante, lo que suele provocar contracturas musculares reflejas y dificultad para masticar, lo que provoca que la paciente evite masticar cosas duras, por lo que se produce atrofia de la musculatura entrando en un círculo vicioso. Además, la presencia de una luxación meniscal provoca más dolor y más limitación de la apertura cerrando todavía más el círculo. Además, para la cirugía del 8 de agosto de 2018, la paciente tuvo que ser intubada (la cirugía fue con anestesia general) para lo cual fue preciso forzar la apertura oral por parte del Anestesiólogo, lo cual es motivo muy frecuente de dolor postoperatorio en la ATM. No obstante, y aunque la artrocentesis/artroscopia es un procedimiento en el que se busca la

mejoría del dolor y la apertura, a veces los pacientes no mejoran e incluso pueden empeorar de su patología precisando de otros tratamientos tanto quirúrgicos como no quirúrgicos».

2.11. La Propuesta de Resolución del Secretario General del SCS desestimatoria de la reclamación es de fecha 15 de octubre de 2020.

V

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, sobre la base del informe del médico adjunto de cirugía maxilofacial en el que se señala que no se llegó a utilizar el artroscopio de 0.4 y que en su lugar se realizó una artrocentesis, que es el lavado articular para lo que no se utiliza artroscopio sino dos pequeñas agujas. Ello para mejorar la clínica del dolor, no para recolocar el menisco, para lo que es necesario la artroscopia. Señala como causas para que la interesada no pueda abrir la boca: el empeoramiento de su sintomatología que puede requerir nueva artroscopia o cirugía abierta, el proceso de intubación porque el anestesista ha de forzar la boca mediante el laringoscopio, contractura refleja del músculo masetero izquierdo o presencia del foco apical en la pieza 26, que le fue previamente diagnosticada (mayo de 2017). Podría ser una recidiva del problema apical.

El 29 de agosto de 2018 en revisión postquirúrgica se constató que no había mejoría, se solicitó scanner y se incluyó en lista de espera para cirugía abierta de la ATM. Transcurrieron cuatro meses hasta que se incluyó y se programó la cirugía por el Servicio de maxilofacial, un mes después de la consulta de anestesia. Se señala en la Propuesta de Resolución que tras la segunda intervención quirúrgica se sospecha que la paciente tiene dificultades para abrir la boca por contractura del músculo masetero, no por causa articular. Se solicita interconsulta al Servicio de Rehabilitación, se intenta adelantar la cita de la Unidad del Dolor y se contacta con Neurología para pinchar toxina botulímica, en la región occipital y en el músculo masetero el 30 de agosto de 2019.

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

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

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

– Ausencia de fuerza mayor.

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

3. En el ámbito de la asistencia sanitaria curativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».*

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

4. Otro de los presupuestos necesarios para una adecuada práctica médica es el consentimiento informado exigido en los arts. 8 y siguientes de 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.

Sobre el consentimiento informado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos 136/2017, de 31 de julio, señala:

«Debe también recordarse la doctrina sobre el consentimiento informado, y para ello es válida la cita de la STS Sala 3ª, sec. 4ª, S 7 de abril de 2011, rec.3483/2009 que recuerda que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la lex artis ad hoc, pero que para que la misma sea merecedora de indemnización se precisa que a quien la invoca se le haya producido un daño antijurídico que no esté obligado a soportar. Pero, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002, 2650) , básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, regula en el artículo 4 lo que denomina el derecho a la información asistencial y expresa en su número 1 que: " los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley " y añade en los números 2 y 3 de ese precepto que:" la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad ", y que " el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle". Ese derecho se materializa en lo que se denomina consentimiento informado y del que se ocupa el artículo 8 de la Ley cuando dispone que " 1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente».

Es obvio, puesto que así expresamente lo afirma la Ley, que el consentimiento «*será verbal por regla general*», para añadir a continuación aquellos supuestos en los que esa regla cede ante la necesidad de que el consentimiento sea por escrito cuando se trate de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

En este sentido la STS de 1/6/2011 precisó: *«Como con reiteración ha declarado esta Sala la información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (SSTS 13 de octubre 2009; 27 de septiembre de 2010)».*

Pues bien, en el presente caso, con carácter previo a la primera y segunda intervención, figura la firma del documento de consentimiento informado (DCI), en

los que se informa de los posibles riesgos o complicaciones de las intervenciones (páginas 147, 28, 133, 139,159, 169, 170, 186 y 187 del expediente administrativo).

5. Tras la valoración conjunta del material probatorio obrante en el expediente administrativo, y el material posterior incorporado al mismo tras el informe del Consejo Consultivo n.º 125/2020, de 21 de mayo, podemos concluir lo siguiente:

La paciente tenía dolor y luxación meniscal de la articulación temporo mandibular izquierda (ATM). La artrocentesis (como señala el doctor que practicó la intervención en la prueba testifical, página 244 del expediente administrativo), sólo alivia el dolor, pero no soluciona su problema fundamental que es el desplazamiento meniscal. La intervención quirúrgica de 9 de agosto de 2018 estaba indicada para una artroscopia, que permitía dar solución al problema de base meniscal y no se pudo practicar por el mal estado del artroscopio. Tal intervención quirúrgica no estaba programada para una artrocentesis que sólo alivia el dolor. Por tanto, la paciente no fue operada el 9 de agosto de 2018 de su principal problema de base que era el desplazamiento meniscal. Desde la primera intervención la paciente no puede abrir la boca ni alimentarse adecuadamente, sufriendo un enorme deterioro físico y emocional, con una gran pérdida de peso corporal.

Del informe complementario del cirujano maxilofacial deducimos que el servicio de esterilización no actuó correctamente, al no advertir la avería del artroscopio. Esto determinó una intervención quirúrgica con anestesia general que estaba pensada para una cirugía abierta de articulación temporomandibular o artroscopia, y no una operación de artrocentesis dirigida a aliviar el dolor y que no servía para reparar el desplazamiento meniscal. La paciente dio su consentimiento informado para una operación de artroscopia y no de artrocentesis, por mucho que el modelo de consentimiento informado sea común para ambos tipos de intervenciones. Se deduce de los informes del SIP y del cirujano maxilofacial que no se utilizó el artroscopio de rodilla, una vez detectada la avería del que iba a utilizarse, al comprobar que no era idóneo para resolver la patología de la paciente.

El HUC, advertida la avería del artroscopio, dispuso de un nuevo aparato el 13 de septiembre de 2018. No consideramos suficientemente justificado que no se reprogramara con urgencia una intervención de artroscopia que no se pudo practicar por causas absolutamente ajenas a la paciente, siendo incorporada de nuevo a la lista de espera, cuando tenía un sufrimiento físico y psicológico importante, y no se había resuelto su desplazamiento meniscal el 9 de agosto de 2018. El desplazamiento

meniscal no se resuelve con fisioterapia sino con una intervención quirúrgica de artroscopia.

No podemos determinar con certeza si la contractura del músculo masetero podría tener relación con la intubación durante la intervención de artrocentesis el 9 de agosto de 2018, o si es consecuencia del retraso en la intervención de artroscopia cuya necesidad se puso de manifiesto desde marzo de 2018, o es un reflejo del dolor o una atrofia del músculo, o si se debe a otras patologías previas de la paciente (fibromialgia, migrañas, problemas neurológicos o psiquiátricos). Tampoco podemos determinar con claridad si la situación de deterioro de la paciente o su empeoramiento tienen relación directa con no poder abrir la boca y alimentarse, o si se debe a otras patologías.

No obstante, desde que se determina la necesidad de la artroscopia por desplazamiento meniscal (marzo de 2018), hasta la intervención sobre la articulación temporamandibular el 22 de marzo de 2019, transcurrió aproximadamente un año. Una intervención de artroscopia más temprana en el tiempo, como la programada inicialmente el 9 de agosto de 2018, que no se pudo practicar por causas ajenas a la paciente, posiblemente habría aumentado las posibilidades de éxito del tratamiento o un mejor diagnóstico, sin que se pueda garantizar que hubiera tenido mejor resultado, o al menos, habría disminuido el agravamiento de su sintomatología. La tardanza en realizar la operación de artroscopia y la nueva incorporación de la paciente a la lista de espera, generó en ésta un sufrimiento físico y psicológico, antijurídico, que no tiene el deber de soportar, en cuanto derivó de una actuación irregular de los servicios públicos, que no advirtieron la avería del artroscopio con carácter previo a la intervención quirúrgica, lo que le impidió ser operada de su patología de base cuando lo necesitaba, perdiendo su turno de intervención quirúrgica, viéndose de nuevo postergada mediante su incorporación a otra la lista de espera.

6. Respecto a la pérdida de oportunidad, la corriente jurisprudencial es unánime: *«sobre la mala praxis médica al no diagnosticarse ni tratarse a tiempo la dolencia que sufría madre de los recurrentes, se le generó la pérdida de la oportunidad al agravarse su estado de salud y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual no se acreditado que se hubiese podido evitarse de instaurarse a tiempo las medidas terapéuticas adecuadas, sino esa pérdida de la oportunidad, entendiendo la STS de 12 de marzo de 2007 que, en estos casos, es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento*

seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable» (STSJ de Asturias 624/2016 de 15 julio).

Los Dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias n.º 171/2016; 152/2017; 324/2018, entre otros muchos, hacen referencia a la pérdida de oportunidad como un concepto indemnizable:

«En relación con la pérdida de oportunidad, 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 determinadas 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 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 n.º 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 n.º 6280/2009). Pues bien, 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, rec. casación n.º 1247/2014)».

La STS de 21 de diciembre de 2015 (así como la de 16 de febrero de 2011), señalan: *«basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que la paciente sufrió como consecuencia de ese*

diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, 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 posee a disposición de las administraciones sanitarias».

En casos de indemnización por perdida de oportunidad, la cuantía indemnizatoria se establece en función de un porcentaje. En este caso, dada la cantidad solicitada por la reclamante y las demás circunstancias concurrentes, se tiene por correcto y razonable que aquella cuantía se corresponda con la cantidad solicitada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, relativa a la reclamación de (...), no es ajustada a Derecho, debiendo indemnizar a la paciente por pérdida de oportunidad, en la cantidad solicitada.