



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 4 3 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de mayo de 2021.

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. 208/2021 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 de 5 de abril de 2021 formulada por el Secretario General del Servicio Canario de la Salud (SCS), como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario. La solicitud de dictamen formulada por el Sr. Consejero de Sanidad el 10 de abril de 2021, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 12 de abril de 2021, tras la emisión de dos dictámenes previos de este Consejo Consultivo (DCC 387/2019, de 7 de noviembre y DCC 545/2020, de 17 de diciembre) sobre este mismo asunto.

2. El reclamante solicita inicialmente una indemnización de 90.361 euros y, posteriormente, en sus alegaciones, en las que aportó un informe pericial de valoración del daño, 78.831,75 euros; esta cuantía determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero 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 carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

---

\* Ponente: Sr. Belda Quintana.

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.

Mediante 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, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa del interesado, pues los daños sufridos por el funcionamiento del servicio público sanitario se entienden irrogados en su persona [art. 4.1.a) LPACAP].

5. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad, ya que la acción se ha ejercitado por el interesado en el plazo legalmente previsto en el art. 67 LPACAP. Así, la reclamación se ha presentado el 22 de diciembre de 2017, en relación con un daño cuyas secuelas fueron conocidas por el reclamante tras su visita por primera vez a la Unidad de Lesionados Medulares del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil (CHUIMI) el 29 de marzo de 2017, dando inicio, a partir de ese momento, a la rehabilitación.

7. En el análisis a efectuar de la propuesta de resolución remitida, resultan de aplicación, además de la mencionada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, 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.

## II

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. Concretamente, alega en su escrito de reclamación:

« (...) PRIMERO.- El día 02-09-2015 acudo a la consulta con mi Médico de cabecera con ciertas dolencias, a lo cual mi Doctora solicita al Servicio de Traumatología de Telde con carácter PREFERENTE valoración por posible cervicalgia y Rx Aplastamiento disco C6-C7, posible Hernia.

(...)

SEGUNDO.- El día 16-02-2016 acudo a la cita con el Traumatólogo y no teniendo muy claro las pruebas de Rx, solicita una Resonancia Magnética, que, a pesar de mi grave estado de salud, la solicitud la hace de carácter Ordinario.

(...)

TERCERO.- El día 10-03-2016 informo a mi Médico de cabecera que, en la cita con el Traumatólogo, este me remite a Rehabilitación y me solicita una Resonancia Magnética.

(...)

CUARTO.- El día 17-03-2016 recibo alta al tratamiento de Rehabilitación recomendada por el Traumatólogo.

(...)

QUINTO.- El día 14-12-2016, acudo nuevamente a mi Médico de cabecera, presentando gran dificultad en mi marcha, siendo remitido al Hospital Insular a petición de mi esposa y con sugerencia por la misma Doctora que fuéramos al día siguiente por la mañana, también pueden comprobar en el documento que se lleva al Hospital que pone a bolígrafo (solicitado por un familiar).

(...)

SEXTO.- El día 15-12-2016 acudo al Servicio de Urgencias del Hospital Insular, donde después de ser atendido soy derivado nuevamente a mi Médico de cabecera y que sea visto por un Neurólogo de mi zona.

(...)

SÉPTIMO.- El día 15-12-2016 acudo nuevamente a mi Médico de cabecera, con el Informe de Urgencia del Hospital Insular, donde se solicita que sea remitido al Servicio de Neurología de mi zona, a lo cual mi Doctora me remite de carácter PREFERENTE.

(...)

OCTAVO.- El día 19 de diciembre de 2016 y debido a mi empeoramiento, solicito y tramito un impreso de Reclamación en el Hospital Insular, y cito textualmente lo siguiente

ya que en fotocopia sale poco legible: "Debido a mi estado de salud y esperando ser llamado para una resonancia desde el mes de febrero empeorando desde entonces. Solicito la realización de esta prueba de la forma más rápida posible.

Asimismo, quiero hacerles constar el estado de incertidumbre que me genera esta situación de espera, ya que no existe certeza de mi problema de salud y por consiguiente no se me aplica el tratamiento médico adecuado por lo que mi problema se puede ver agravado.

Solicito admitir este escrito y formulada esta reclamación".

(...)

NOVENO.- El día 23-12-2016 soy informado valoración inicial con mi Neurólogo, remitida Hospital a través de mi Médico de cabecera de carácter PREFERENTE, la tenía prevista para el día 3 de abril de 2017.

(...)

DÉCIMO.-El día 16-01-2017 nuevamente acudo al Servicio de Urgencias del Hospital Insular, por mi grave empeoramiento progresivo, donde soy tratado con medicamento y enviado nuevamente a mi domicilio.

(...)

DÉCIMO PRIMERO.- El día 18-01-2017, solicito al Policlínico de Telde, que me sea realizada la Resonancia de forma Urgente para determinar la enfermedad que padezco y obteniendo como conclusión "ENFERMEDAD REGENERATIVA DISCOVERTEBRAL CON MIELOPATÍA CERVICAL". (Sic, debe decir "enfermedad degenerativa (...)", según el informe aportado - pág. 21 expediente-).

(...)

DÉCIMO SEGUNDO.- El día 20-01-2017 acudo al Servicio de Neurocirugía, Unidad de la Columna de la(...), donde soy atendido por el Dr. (...), quien observa en la Resonancia Magnética: MIELOPATÍA CERVICAL ESPONDILÓTICA.

(...)

DÉCIMO TERCERO.-El día 25-01-2017 se realizan pruebas preoperatorias en la misma(...)

(...)

DÉCIMO CUARTO.-El día 26-01-2017 me realizo otra prueba, en este caso de Anestesia.

(...)

DÉCIMO QUINTO.- El día 30-01-2017 tramito solicitud de contrato de Crédito Préstamo mercantil en la (...) para sufragar los gastos de la cirugía.

(...)

DÉCIMO SEXTO.- El día 01-02-2017 soy operado en la(...)

(...)

*DÉCIMO SÉPTIMO .- El día 02-02-2017 adquiero collarín adaptado acorde a mi cirugía.*

(...)

*DÉCIMO OCTAVO.-El día 03-02-2017 recibo el alta y acude mi esposa a mi Médico de cabecera, para recibir tratamiento por la cirugía.*

(...)

*DÉCIMO NOVENO.- El día 13-02-2017 tramito una reclamación a mi Médico de cabecera.*

(...)

*VIGÉSIMO.- El día 20-02-2017 recibo contestación de la reclamación según Registro 33515, donde soy informado que me encuentro en lista de espera.*

(...)

*VIGÉSIMO PRIMERO.- El día 02-03-2017 Recibo respuesta a la reclamación interpuesta a mi Médico de cabecera.*

(...)

*VIGÉSIMO SEGUNDO.- El día 29-03-2017 soy visto por primera vez en la Unidad de Lesionados Medulares y remitido a rehabilitación hasta próxima consulta el día 8 de noviembre de 2017.*

(...)

*VIGÉSIMO TERCERO.- En abril de 2017 inicio Tratamiento de Rehabilitación hasta la fecha del presente escrito.*

(...)

*VIGÉSIMO CUARTO.- El día 19-05-2017 solicito un Informe Médico en la (...), donde el Dr. (...) se percata de un GRAVISIMO error de escritura en el diagnóstico de la resonancia ya que una MIELOPATÍA CERVICAL ES CLARAMENTE UN COMPROMISO NEUROLÓGICO.*

(...)

*VIGÉSIMO QUINTO. - En el mes de junio soy informado vía telefónica de la cita para la realización de la Resonancia, y mi esposa informa que ya he sido operado, a lo cual la operadora le dice que si ya ha sido operado la cita queda cancelada. Sin preguntar más.*

*VIGÉSIMO SEXTO.- Toda esta cuestión ha generado que tenga que estar en silla de ruedas, con asistencia personal todo el día a los efectos de ayudarme en las cosas más elementales, afectándome todo ello a mi estado Psicológico (...) ».*

### III

1. En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan las siguientes actuaciones, tras la presentación de la reclamación inicial el 22 de diciembre de 2017:

1.1. Mediante Resolución de 15 de febrero de 2018, de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación presentada, solicitando, a través del Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud (en adelante, SIP), el informe de los Servicios cuyo funcionamiento hubiera ocasionado la presunta lesión indemnizable.

1.2. El informe del SIP se emite con fecha 2 de abril de 2019 y a él se acompaña copia de la historia clínica del paciente obrante en el Servicio Canario de la Salud e informes preceptivos [Atención Primaria, Servicio de Urgencias, de Traumatología, de Neurología, de Cirugía Vascul y Angiología, de Rehabilitación, todos del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil -CHUIMI-, así como historia clínica del (...)].

1.3. Con fecha 26 de abril de 2019, el órgano instructor dicta acuerdo probatorio, admitiendo a trámite la documental propuesta por el interesado. Sin embargo, rechaza la práctica de la prueba testifical solicitada por improcedente al considerar que lo que se reclama es el funcionamiento del SCS y no la asistencia prestada con carácter privado. Asimismo, también rechaza la solicitud del informe pericial del SCS en relación con las secuelas. Por lo demás, la Administración propone como prueba la documentación médica obrante en el expediente.

1.4. Concluida la instrucción del procedimiento, se acordó el preceptivo trámite de vista y audiencia del expediente, que fue notificado al interesado; quien presenta escrito de alegaciones ratificando la reclamación inicial presentada.

1.5. Con fecha de 13 de septiembre de 2019 se emite, por la Asesoría Jurídica Departamental informe preceptivo, considerando conforme a derecho la propuesta de resolución desestimatoria.

1.6. En fecha 20 de septiembre de 2019, se elabora una primera Propuesta de Resolución por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, desestimando la reclamación.

1.7. Sometida la anterior Propuesta de Resolución a este Consejo, se emite el Dictamen 387/2019, de 7 de noviembre, en el que se concluye que la Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial no

es conforme a derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de emitir informe complementario del SIP y del servicio de Neurología del CHUIMI, para que se pronuncie sobre la oportunidad de haber realizado la RMN con anterioridad, a la vista de la evolución de la enfermedad y del empeoramiento del paciente e información precisa sobre la enfermedad de mielopatía que padece el reclamante, y que se lleve a cabo la práctica de la testifical propuesta por el interesado -indebidamente rechazada por la instrucción del procedimiento-, para determinar si la enfermedad degenerativa del paciente implica compromiso neurológico.

1.8. Con fecha de 26 de noviembre de 2019 por la instrucción del procedimiento se solicita al Servicio de Inspección y Prestaciones, informe complementario.

1.9. Con fecha de 29 de noviembre de 2019, se retrotrae el procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de practicar las actuaciones indicadas por el Consejo Consultivo de Canarias.

1.10. Con fecha de 18 de diciembre de 2019 se realiza testifical del Dr. (...), que declara que si el paciente tiene mielopatía cervical implica que el paciente tiene compromiso neurológico.

1.11. Con fecha de 2 de noviembre de 2020, por el Servicio de Inspección y Prestaciones se emite informe complementario, apreciándose una pérdida de oportunidad en el tratamiento de la patología del reclamante, por retraso en la realización de la RMN a la vista de la evolución de la enfermedad de mielopatía cervical espondilótica del paciente (en especial tras el agravamiento producido en diciembre de 2016), presentando el paciente la médula espinal severamente comprimida, provocando la no ejecución en el momento oportuno de esta prueba, la imposibilidad de una intervención quirúrgica precoz.

El SIP no reconoce el derecho al reintegro de los gastos de la intervención quirúrgica en la sanidad privada por no aportar el interesado la factura de dicha intervención, y por entender que el reclamante, una vez que conoce el resultado de la RMN el 18 de enero de 2017 practicada en la sanidad privada, debió acudir a los servicios propios del SCS para recibir el tratamiento adecuado, mediante su derivación urgente al servicio de NCR a fin de programar la intervención quirúrgica con carácter urgente. Al no hacerlo así, no se cumple la normativa que regula el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria recibida fuera del ámbito del Sistema Nacional de Salud. Se propone una indemnización por pérdida de oportunidad por el retraso en la realización de la prueba de RMN de 53.924,69 euros.

1.12. Se remite informe del Jefe de Servicio de Neurología del CHUIMI de fecha 31 de agosto de 2020, que señala que la realización del estudio de RMN de columna cervical hubiese aclarado el diagnóstico con anterioridad y que en la mielopatía cervical el diagnóstico y tratamiento precoz es vital para evitar las secuelas. Señala, asimismo, que el tiempo de espera está en relación con la intensidad y gravedad de los síntomas. En mielopatías incipientes se puede considerar la realización de los estudios en uno o dos meses tras la sospecha diagnóstica, para mielopatías severas debe realizarse con carácter preferente o urgente y tomar decisiones quirúrgicas con la mayor celeridad posible.

1.13. Con fecha 23 de noviembre de 2020 se emite una segunda Propuesta de Resolución del Secretario General del SCS que estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...), reconociendo el derecho a ser indemnizado en la cantidad de 53.924,69 euros, por pérdida de oportunidad derivada del retraso en la realización de la RMN y consiguiente demora en la práctica de la intervención quirúrgica para abordar la mielopatía cervical severa que padecía.

1.14. Sometida la anterior Propuesta de Resolución a este Consejo, se emitió el Dictamen 545/2020, de 17 de diciembre, en el que se señala que la Propuesta de Resolución, por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual del interesado, no es conforme a Derecho, al comprobar que, tras la práctica de la prueba testifical, y la emisión de los informes complementarios del SIP y del Servicio de Neurología del CHUIMI, no se concedió trámite de audiencia al interesado. En consecuencia, deben retrotraerse las actuaciones para conceder trámite de audiencia al interesado en momento previo a la Propuesta de Resolución, la cual deberá dar respuesta a las alegaciones que, en su caso, plantee el interesado.

1.15. Con fecha 29 de diciembre de 2020 se confiere al reclamante nuevo trámite de audiencia.

1.16. Con fecha 17 de marzo de 2021 se presenta por el reclamante escrito de alegaciones, acompañando factura de los gastos médicos en la clínica privada e informe pericial de valoración del daño, que cuantifica el mismo en 78.831,75 euros.

1.17. Con fecha 30 de marzo de 2021 el SIP emite informe complementario de valoración del daño, por la que se propone una indemnización de 60.325, 85 euros, advirtiéndose error en la valoración realizada en informe de 2 de noviembre de 2020 y rectificando la misma.

1.18. Finalmente, el 5 de abril de 2021 se emite nueva Propuesta de Resolución por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...) por pérdida de oportunidad derivado del retraso en la prueba diagnóstica de RMN que impidió una intervención quirúrgica precoz, reconociéndole el derecho a ser indemnizado en la cantidad de 60.325,85 euros.

2. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver lo que determina que la reclamación de responsabilidad patrimonial se entienda presuntamente desestimada [arts. 21.2, 24.3.b) y 91.3 LPACAP]; sin embargo, aún expirado el plazo máximo para resolver, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP) sin vinculación al sentido del silencio administrativo producido, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que la demora pueda comportar.

## IV

1. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por el interesado por pérdida de oportunidad en el tratamiento de la patología del reclamante, derivada del retraso en la realización de la RMN a la vista de la evolución de la enfermedad de mielopatía cervical espondilótica del paciente (en especial tras el agravamiento producido en diciembre de 2016), teniendo el paciente la médula espinal severamente comprimida, provocando la no ejecución en el momento oportuno de esta prueba, la imposibilidad de una intervención quirúrgica precoz.

De acuerdo con los informes de valoración del daño efectuados por el SIP, la Propuesta de Resolución no reconoce el derecho al reintegro de los gastos de la intervención quirúrgica en la sanidad privada (a excepción del gasto de la RNM), por entender que una vez que el reclamante conoce el resultado de la RMN el 18 de enero de 2017 practicada en la sanidad privada, debió acudir a los servicios propios del SCS para recibir el tratamiento adecuado, mediante su derivación urgente al servicio de NCR a fin de programar la intervención quirúrgica con carácter urgente. Al no hacerlo así, no se cumple la normativa que regula el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria recibida fuera del ámbito del Sistema Nacional de Salud. Se propone una indemnización por pérdida de oportunidad por el retraso en la realización de la prueba de RMN de 60.325,85 euros.

2. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, en relación con la obligación de medios que le corresponde a la Administración sanitaria y el criterio de la *lex artis* como delimitador de los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre, 69/2019, de 28 de febrero, 341/2019, de 3 de octubre y 442/2019, de 28 de noviembre), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

3. 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 J.).

Los Dictámenes de este Consejo 171/2016, de 24 de mayo, 152/2017, de 11 de mayo 324/2018, de 17 de julio, y 492/2020, de 25 de noviembre, entre otros muchos, hacen referencia a la pérdida de oportunidad como un concepto indemnizable, en el siguiente sentido:

*“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 nº 6676/2003). «En la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que en cierto modo se asemeja a un daño moral, y que es el concepto indemnizable» (STS, Sala III, Sección 4ª, de 27 de septiembre de 2011, rec. de casación nº 6280/2009). 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 nº 1247/2014)“.

Por su parte, la STS de 21 de diciembre de 2015 (RJ 2016\55) o 16 de febrero de 2011 (RJ 2011,1490), argumentan que *«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».*

4. Del conjunto del material probatorio existente en las actuaciones se deduce que el paciente sufría una mielopatía cervical espondilótica de grave evolución y que el Servicio de Traumatología solicitó una resonancia magnética el 16 de febrero de 2016 y se le indica volver con los resultados de dicha RMN, tras una primera visita al médico de familia el 2 de septiembre de 2015, prueba que no se llegó a realizar al paciente en el SCS.

El paciente presentó una reclamación el 19 de diciembre de 2016 debido al gran deterioro progresivo de su salud. Acude al Médico de Cabecera el 14 de diciembre de 2016 y el 15 de diciembre de 2016 a Urgencias del Hospital Insular desde donde se le deriva a su médico de cabecera y que sea visto por el neurólogo de zona. Vuelve al médico de cabecera el 15 de diciembre de 2016, se le dio cita preferente con el Neurólogo para el 3 de abril de 2017 y se le incluyó en lista de espera para la RMN para la que fue llamado en junio de 2017. El 16 de enero de 2017 el paciente vuelve a urgencias debido a su empeoramiento progresivo, se le suministra un medicamento y se le envía a casa.

El interesado, debido a la gran dificultad para la marcha que presentaba, el 18 de enero de 2017 decide realizarse de forma urgente la resonancia magnética en la sanidad privada, de la que resulta una enfermedad degenerativa discovevertebral con compromiso neurológico. Es diagnosticado el 20 de enero de 2017 de mielopatía cervical espondilótica por el Servicio de Neurocirugía de la (...) Es operado en la (...) el 1 de febrero de 2017 y es dado de alta el 3 de febrero de 2017. El 29 de marzo de

2017 es visto en la Unidad de lesionados medulares del SCS y remitido a rehabilitación, la cual comienza en abril de 2017.

La no realización, por tanto, de la RMN en un tiempo razonable por parte del SCS, impidió que se le diagnosticara de su dolencia y la realización de una intervención quirúrgica precoz que tratara de evitar la evolución de la enfermedad y las secuelas que ésta le ha producido, aunque no existiera la certeza absoluta de ello, lo que constituye una pérdida de oportunidad terapéutica que implica la infracción de la *lex artis* y, en consecuencia, origina la responsabilidad patrimonial de la Administración, como hemos visto en la doctrina y jurisprudencia citadas con anterioridad.

Sin embargo, a la vista de las circunstancias concretas del expediente valoradas en su conjunto, consideramos que el paciente debió llevar el resultado de la RMN realizada en la sanidad privada bien al médico de cabecera o a los servicios de urgencias para valorar la posibilidad de una intervención quirúrgica urgente y al no hacerlo se rompe el nexo de causalidad para reclamar la indemnización correspondiente al gasto de la intervención quirúrgica efectuada en la sanidad privada (factura del (...) por importe de 10.361 euros), que, por otra parte, sí ha quedado acreditado con su aportación junto al informe pericial de valoración efectuado por el Instituto Canario de Valoración del Daño Corporal.

Por ello, aunque la intervención quirúrgica era necesaria y urgente, y la RMN no se hizo en un tiempo razonable, una vez realizada ésta en la sanidad privada podría haber sido valorada por el SCS y programado una intervención quirúrgica urgente si el paciente lo hubiera solicitado. Al no ser exigida por el paciente en el momento oportuno la valoración de la RMN por el SCS, se rompe, en este aspecto concreto, el nexo de causalidad para resarcir al interesado por los gastos efectuados como consecuencia de la intervención realizada en la sanidad privada.

5. En el Fundamento de Derecho Séptimo de la Propuesta de Resolución, reproduciendo el informe del SIP de 2 de abril de 2019, se argumenta sobre el incumplimiento de «la normativa que regula el reintegro de gastos en ocasionados por la asistencia recibida fuera del ámbito del Sistema Nacional de Salud», considerándose no reembolsables los gastos de la intervención quirúrgica en la sanidad privada.

Sobre esta cuestión se ha de señalar que no estamos ante un procedimiento de reintegro de gastos, sino de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, por el

que el reclamante alega la existencia de una mala actuación sanitaria consistente en un retraso de una prueba diagnóstica. Por ello, la fundamentación de la desestimación de la Propuesta de Resolución debe basarse en el cumplimiento o no de los requisitos de la responsabilidad patrimonial y no en los del reintegro de gastos, que tiene otro cauce y normativa especial aplicable, de tal manera que, analizada la actuación sanitaria y la del paciente, la ruptura del nexo de causalidad por parte de este último al no acudir a la sanidad pública con el resultado de la RMN realizada en la sanidad privada, tal y como se señaló anteriormente, y, por tanto, no existiendo relación de causalidad en este aspecto concreto, no hace necesario acudir al cumplimiento o no de los requisitos de la solicitud de un reintegro de gastos basada en una urgencia vital. En este sentido, este Consejo se ha pronunciado al respecto entre otros en los Dictámenes 221/2020, de 3 de junio, y 437/2020, de 29 de octubre.

6. Sobre la cuantía indemnizatoria, tras el examen del informe complementario de valoración del daño del SIP y del informe pericial de parte, la discrepancia valorativa parece tener su origen en que el perjuicio particular se valora por el SIP desde que el Servicio de Traumatología solicita la RMN el 16 de febrero de 2016 (por tanto, no desde la visita al médico de familia el 2 de septiembre de 2015 como solicita el paciente), lo cual es correcto. Tampoco se valora el daño estético de la cicatriz de la intervención quirúrgica, porque dicha cicatriz es inherente a la intervención, por lo que también se hubiera producido de haber sido intervenido por el SCS. Asimismo, existen diferencias en la valoración de los puntos por perjuicio estético en grado moderado (a los que el SIP otorga 10 puntos, correctamente, y el informe pericial 14 puntos) y en la cantidad correspondiente al perjuicio moral por pérdida de calidad de vida.

Por otra parte, como se ha indicado, no se incluye la asistencia sanitaria ni la intervención quirúrgica en la sanidad privada, a excepción del reembolso del gasto de la RMN, que permitió diagnosticar su patología.

En definitiva, la cuantía indemnizatoria que consta en el informe del SIP de 30 de marzo de 2021 resulta correcta y, por tanto, debe indemnizarse al reclamante en la cantidad de 60.325,85 euros.

Dicha cuantía habrá de actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el art. 34.3 LRJSP.

## **C O N C L U S I Ó N**

La Propuesta de Resolución, por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...) por importe de 60.325,85 euros, es conforme a Derecho por las razones señaladas en el Fundamento IV.