Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 8 1 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 12 de abril de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. 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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 105/2024 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (en adelante, PR), formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS), tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La cuantía indemnizatoria total que obra en la reclamación del interesado excede de 6.000 euros (se reclama 95.000 euros), por lo que la solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarlo la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

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.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

---

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

No obstante, 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.

4. En el análisis a efectuar de la PR formulada, resultan de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (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 citada Ley 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.

5. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo el reclamante la condición de interesado al haber sufrido el daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP]**,** actuando mediante representante debidamente acreditado (art. 5 LPACAP).

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, mediante el SCS.

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP), pues se presentó la reclamación el día 7 de enero de 2021 y el daño por el que reclama se determinó de forma definitiva por el Servicio de Urología del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria (HUNSC) el día 28 de agosto de 2020.

7. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aun expirado éste y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, en el escrito de reclamación formulado por el representante del interesado se afirma lo siguiente:

«PRIMERO.- (...), de 52 años de edad, encontrándose diagnosticado de recidiva pélvica de un cáncer colorrectal reducida a la zona posterior, acude a una intervención quirúrgica programada en fecha 25 de marzo de 2019, en el proceso se le inserta un Catéter Doble J

para tutorizar el uréter derecho (el uréter izquierdo ha sido imposible de canalizar) en los quirófanos del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria; extremos reflejados en los informes clínicos incluidos en la historia clínica del paciente, se aporta como documento número 1 el informe clínico de alta del Servicio de Cirugía General y Digestiva.

SEGUNDO.- En el transcurso del año 2019, después de la intervención quirúrgica, se le realizaron en el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria diversas pruebas diagnósticas (PET/TC), con la finalidad de llevar a cabo el correspondiente seguimiento de la evolución del paciente y la respuesta de (...) a la cirugía y posterior tratamiento, a saber:

1) Documento número 2: TC AGNIO TORÁCICO realizado por los Servicios de Medicina Nuclear/Radiología del Hospital Nuestra Señora de la Candelaria el día 3 de abril de 2019, por solicitud del Servicio de Cirugía General y Digestiva 1; en el que se concluye el hallazgo de Hidronefrosis de grado II y extremo proximal de catéter doble J en pelvis renal.

2) Documento número 3: TC TORAX/ABDOMEN/PELVIS CON CONTRASTE llevado a cabo por los Servicios de Medicina Nuclear/Radiología del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria el día 19 de mayo de 2019, por solicitud del Servicio de Oncología Médica; reflejando en las conclusiones del mismo Hidronefrosis de grado III renal derecho con catéter pigtail normo situado.

3) Documento número 4: TC TORAX/ABDOMEN/PELVIS CON CONTRASTE, realizado por los Servicios de Medicina Nuclear/Radiología del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria el día 7 de noviembre de 2019, por solicitud del Servicio de Cirugía General y Digestiva 1; que determina la existencia de Hidronefrosis de grado IV, con adelgazamiento cortical progresivo y dilatación pielocalicial a pesar de catéter doble J aparentemente correctamente posicionado.

4) Documento número 5: PET/TC DE CUERPO COMPLETO CON 18F- FDG, realizada por los Servicios de Medicina Nuclear/Radiología el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria el día 10 de diciembre de 2019, por solicitud del Servicio de Oncología Médica; resultando de la exploración la constatación de la existencia de Hidronefrosis derecha, a correlacionar clínicamente.

TERCERO.- (...), desde que tuvo acceso al informe de la primera prueba diagnóstica en la que se evidenció la aparición de Hidronefrosis derecha de grado II (Documento n.º 2), mostró su preocupación a los médicos con los que pasaba consulta; recibiendo como respuesta: " (...) que lo importante residía en el proceso oncológico en el que se encontraba, que lo demás ya se vería en su momento". Hasta el día 12 de noviembre de 2019, en una cita programada con Cirugía Digestiva, no se le pide consulta urgente a Urología; dándole cita en el Servicio de Urología del Hospital Universitario de Nuestra Señora de Candelaria para el 14 de enero de 2020.

CUARTO.- El Sr. (…), ante las molestias que venía padeciendo, sobre todo al orinar, añadido a la situación y la preocupación por el resultado de las pruebas, decide asistir al Hospital Universitario de Nuestra Señora de Candelaria a través del Servicio de Urgencias el día 19 de noviembre a los que pone al día de las molestias que padece y de los resultados de las pruebas ya transcritas en los ordinales anteriores de esta exposición de hechos. Pero le diagnostican una leve infección de orina y le dan el alta en Urgencias prescribiéndole amoxicilina- clavulánico cada 8 horas y Metamizol según dolor, recomendándole volver a Urgencias en caso de que empeore (Documento n.º 6).

QUINTO.- El día que, (...) es recibido por el Servicio de Oncología Médica, con el objeto de pasar consulta respecto a los datos aportados por el informe con código 4763818, la doctora que lo recibe y ante su insistencia por la preocupación que le genera la hidronefrosis resultante de la última exploración (Documento n.º 5), en la que ni siquiera le hacen constar el grado de la misma, lo deriva a los Servicios de Urología de forma urgente; la cita se la confirman para el día 14 de enero de 2020 en Urología.

SEXTO.- El día 14 de enero de 2020, (...) es recibido por los médicos de los Servicios de Urología y ante la situación clínica que recoge en el informe que se presenta como documento n.º 7: "Paciente con antecedentes mencionados y portador de catéter JJ derecho desde la cirugía de resección en marzo de 2019, es remitido a consulta para control" y añade: "Dada la persistencia de la dilatación pielocalicial recomiendo recambio de catéter ureteral preferente". Expresando el facultativo al Sr. (…) con extrañeza que como no había pasado por consulta de Urología antes.

SÉPTIMO.- El paciente queda citado para retirarle el catéter ureteral derecho el día 23 de enero de 2020 con el resultado que aparece en el informe clínico que se aporta como documento n.º 7: " (...) se retira catéter ureteral derecho CALCIFICADO en su extremo intravesical. Posteriormente se intenta colocación de catéter, siendo imposible el ascenso de la guía por stop a nivel ureteral distal de unos 2-3 cm del meato ureteral derecho." Citando a (...) en consulta "el día 28 de enero de 2020 en XURO2 para nueva valoración y ECO. Se decidirá si colocación de catéter anterógrado".

OCTAVO.- El día 28 de enero, vuelve el SR. (…) a consulta con el Urólogo con el siguiente tenor literal del Resumen Evolutivo del informe: "Acude a revisión tras retirada de catéter ureteral con imposibilidad de recambio por estenosis ureteral distal. A pesar de catéter ureteral, se objetiva en TC hidronefrosis derecha. Hoy realizo ECO en consulta objetivando hidronefrosis derecha 4 con escaso parénquima. Paciente asintomático." (documento n.º 7).

NOVENO.- El paciente vuelve a consulta el 11 de febrero de 2020, preguntándole al médico que por qué tiene el riñón de esa manera, cuando lleva tanto tiempo pidiendo que se le expliquen los resultados de los TC respecto a la hidronefrosis y el facultativo le comunica que: "en renograma presenta riñón derecho anulado y que, si está asintomático,

habitualmente se considera vigilancia." (documento n.º 7), pero siguen sin explicarle al paciente el motivo de la pérdida del riñón derecho.

DÉCIMO.- En los informes clínicos se completa con la presentación del caso en sesión clínica, concluyéndose de la misma el tenor que sigue: "Se presenta el caso en sesión clínica y se decide control evolutivo, dado que el riñón está anulado y el paciente asintomático. (...) refiere que ha mejorado sintomatología urinaria tras retirada del catéter ureteral."

UNDÉCIMO.- Que, debemos resaltar el TC TORAX ABDOMEN PELVIS C/C realizado por los Servicios de Medicina Nuclear/Radiología del Hospital Universitario de Nuestra Señora de Candelaria el día 19 de septiembre de 2018, solicitado por el Servicio de Oncología Médica (Documento n.º 8) en el que destaca frente a la anterior exposición de hechos, que, en la fecha indicada se aprecia "Riñones simétricos, bien diferenciados, sin signos de uropatía obstructiva."; resultando evidente, a tenor de los hechos expuestos y la documental aportada que la pérdida funcional del riñón derecho se ha debido a la falta de seguimiento del Servicio de Urología tras la intervención del día 25 de marzo de 2019 donde se realizó tutorización del riñón derecho con catéter doble U con posterior falta de seguimiento por parte del Servicio de Urología el Hospital Universitario de Nuestra Señora de Candelaria (fundamental para el correcto funcionamiento de dicho catéter y así prevenir problemas secundarios), desembocando en una complicación grave por "catéter olvidado" con la consecuente estenosis a nivel ureteral distal de unos 2-3 cm del meato ureteral derecho y con ello una hidronefrosis progresiva hasta alcanzar el grado IV (hidronefrosis: consiste en la hinchazón de uno o ambos riñones debido a la acumulación de orina originada por la CALCIFICACIÓN del catéter) la tutorización del riñón derecho con catéter doble J. La hidronefrosis, que consiste en la hinchazón de uno o ambos riñones debido a la acumulación de orina originada por la CALCIFICACIÓN del catéter (documento n.º 7)».

2. En dicho escrito se establece el motivo en el que se fundamenta la reclamación, manifestando que:

«En el caso presente, concurren todos los requisitos mencionados: el resultado dañoso es obvio y consiste en la pérdida funcional del riñón derecho del Sr. (...); dicho resultado es consecuencia de la actividad de la Administración que es responsable, por actos del personal a su servicio, del retraso a la hora de aplicar las medidas necesarias para que la calcificación ocasionada por la presencia del catéter doble JJ, no hubiera anulado la funcionalidad del riñón derecho, por lo que concurre la adecuada relación de causalidad entre la tardanza en el diagnóstico y prescribir el tratamiento necesario, por un lado, y la pérdida funcional del riñón derecho del Sr. (...)».

3. En el presente asunto, para una correcta determinación de los antecedentes de hecho se debe incluir lo manifestado al respecto en el informe del Servicio de

Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS (SIP), de fecha 12 de diciembre de 2023, en el que se señala que:

«1.- Paciente de 53 años, diagnosticado de adenocarcinoma infiltrante de recto (NOS) Grado III. La Resonancia nuclear magnética inicial (julio 2016) confirma la probable afectación ganglionar y lo categoriza como cT3N2.

Tratado mediante radio-quimioterapia neoadyuvante (capecitabina 1g/12h y 41,4 Gy entre agosto y octubre de 2016) y cirugía (resección anterior de recto ultra baja con iliostomia de protección en diciembre 2016).

Tras el estudio anatomopatológico se filia definitivamente como adenocarcinoma de recto estadio III categoría ypT3 ypN2a Mx.

2.-Recibió Quimioterapia adyuvante (FOLFOX 8 sesiones hasta mayo de 2017).

Cierre quirúrgico de iliostomia en septiembre de 2017.

3.-En control por PET/CT en mayo de 2018 se objetivan hallazgos sugestivos de recaída local y metástasis pulmonar única. En comité de tumores se decide tratamiento quimioterápico y quirúrgico de ambas (junio de 2018).

Se completa quimioterapia con 4 sesiones. Los estudios de control de respuesta (TC de septiembre y diciembre de 2018 y RM de septiembre y noviembre de 2018) indican respuesta de la lesión pulmonar y disminución de la lesión pararrectal izquierda/pre sacra.

4.-Ingresa de forma programada el 24 de marzo de 2019 en el CHUNSC para intervención quirúrgica bajo el motivo recidiva pélvica de adenocarcinoma de recto.

Durante el ingreso, previo a la cirugía, es valorado por el Servicio de Urología para programar colocación de catéter ureteral en quirófano a fin de facilitar la localización del uréter y evitar lesiones de las vías urinarias superiores durante la intervención.

El 25 de marzo de 2019 se realiza tratamiento quirúrgico con amputación abdomino-perineal de recto más sacrectomía distal (S4, S5 y coxis). El resultado de la anatomía patológica no muestra tumor residual.

En esta cirugía se tutoriza uréter derecho, inserción de catéter doble J, siendo imposible la canalización del izquierdo por estenosis distal.

El Servicio de Urología indica realizar Rx de abdomen a la llegada planta y contactar previo al alta para citar retirada de catéter ureteral si no incidencias.

A los 10 días de la intervención quirúrgica presentó un cuadro de insuficiencia respiratoria leve en el contexto de anasarca y anemización. El 3 de abril de 2019 se realizó una Tomografía computarizada (TC) angio torácica que descartó un tromboembolismo pulmonar. En los cortes abdominales incluidos en el estudio se identificaron entre otros

"Riñón derecho con hidronefrosis grado II y extremo proximal de catéter doble J en pelvis renal".

5.-Los siguientes estudios de imagen de los controles evolutivos de la enfermedad de base se observa una progresión de la hidronefrosis:

TC Tórax abdomen pelvis c/c 19/05/19: "Hidronefrosis grado III en el riñón derecho con catéter pigtail normo situado".

TC Tórax abdomen pelvis c/c 07/11/2019: "Riñón derecho con ureterohidronefrosis grado IV, con adelgazamiento cortical progresivo y dilatación pielocalicial a pesar del cateter doble J aparentemente correctamete posicionado".

En RM de pelvis de 15 de noviembre de 2019: Doble J derecho en vejiga.

6.-No es hasta el 12 de noviembre de 2019 en consulta con el Servicio de Cirugía General y Digestiva cuando el paciente refiere molestias urinarias y coincide con catéter aún colocado, motivo por el que se recomendó control de hidronefrosis por el Servicio de Urología.

En RM de pelvis de 15 de noviembre de 2019: Doble J derecho en vejiga.

7.-Es valorado en la consulta del Servicio de Urología el 14 de enero de 2000: Paciente portador de cateter doble J desde la cirugía de resección en marzo de 2019. Es remitido a consulta para control. Dada la persistencia de la dilatación pielocalicial se recomienda recambio de cateter ureteral preferente.

El 23 de enero de 2020 se procede a la retirada de catéter ureteral derecho calcificado en su extremo intravesical. Se intenta colocación de catéter siendo imposible el ascenso de la guía por stop a nivel ureteral distal de unos 2-3 cm del meato ureteral derecho.

Se cita en consulta de Urología para el 28 de enero de 2020 a fin de realizar nueva valoración y ecografía que permita decidir la colocación de catéter anterógrado.

8.-En revisión por el Servicio de Urología el 28 de enero de 2020 consta paciente asintomático. A pesar de catéter ureteral, se objetiva en TC hidronefrosis derecha.

Se realiza ecografía en consulta que objetiva hidronefrosis derecha 4 con escaso parenquima. Se solicita renograma.

9.-RM de pelvis de fecha 30 de enero de 2020: No se identifica doble J en vejiga. Leve ectasia de uréter derecho. Renograma de 06/02/2020: "No se observa ni perfusión ni concentración de radiofármaco en la fosa renal derecha" (Anulación funcional del riñón derecho).

PET/ TAC de 13 de mayo de 2020: Persiste ureterohidronefrosis derecha.

10.-En consulta del Servicio de Urología el 28 de agosto de 2020: Riñón derecho anulado (pérdida de la funcionalidad) y asintomático. Creatinina 1,2 mg /dl. No HTA, ni edemas en MMII.

Nos informa el Servicio que se decide en Sesión Clínica actitud conservadora dado que el paciente se encuentra asintomático desde el punto de vista urológico.

No ha precisado seguimiento por Urología.

En PET de 12 de agosto de 2020: Persiste dilatación piélica renal derecha evidenciándose adelgazamiento cortical y disminución del tamaño del riñón, todo en relación con atrofia renal derecha».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

1. El procedimiento comenzó mediante la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el día 7 de enero de 2021.

El día 13 de enero de 2021, se dictó la Resolución n.º 148/2021 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada por los interesados.

2. El presente procedimiento cuenta con el referido informe del SIP, el informe del Servicio de Urgencias, del Servicio de Urología, del Servicio de Oncología y el del Cirugía General y Digestiva todos ellos del HUNSC.

3. Además de todo ello, se acordó la apertura del periodo probatorio, no proponiéndose la práctica de prueba alguna y posteriormente, se le otorgó el trámite de vista y audiencia al interesado, que tampoco formuló alegaciones.

4. Tras todo ello, se emitió PR el día 19 de febrero de 2024.

Acerca del informe de la Asesoría Jurídica Departamental, se afirma en la misma (Antecedente de hecho CUARTO) que «*Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, el Servicio de Régimen Jurídico emitirá informe preceptivo en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, únicamente, sobre cuestiones que no se hayan resuelto previamente.*

En este procedimiento no es preciso recabar el informe de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión que, Análogamente, ya ha sido informada por el Servicio Jurídico, IN 201-17-c (ERP 74/14), donde aprecia pérdida de oportunidad por no haber intervenido a una anciana unas horas antes de su fallecimiento, dado que, tal y como "se desprende de las

Sentencias de la Sala ª del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011, recurso de casación núm. 5893/2006, de 3 de julio de 2012 RC 6787/2010), la pérdida de oportunidad se presenta como una figura alternativa a la lex artis, que se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud de la paciente».

Al respecto señalar que en el Antecedente de hecho QUINTO, por error, se hace referencia a otro asunto, puesto que se señala que *«Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en este procedimiento no se recaba el informe de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico.*

En este caso, resulta de aplicación el informe 262/16, que señala procedente el reconocimiento de una indemnización por responsabilidad patrimonial por pérdida de prótesis dental cuando el paciente estaba desorientado y era el personal del hospital el encargado de su custodia. En otro caso, informe AJD 178/17, estima el reconocimiento de la indemnización, dado que el propio SCS reconoce un error informático que obliga al interesado a realizarse una analítica en laboratorio privado, cuando su realización correspondía al SCS, declarando así procedente el reembolso de gastos correspondiente a la analítica.

En el presente caso, la propia trabajadora de urgencias reconoce haber dejado caer la prótesis al suelo, provocando su rotura». Por lo tanto, deberá eliminarse.

IV

1. La PR estima parcialmente la reclamación efectuada, puesto que el órgano instructor entiende que concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, si bien no se está conforme con la cuantía reclamada por el interesado en concepto de indemnización.

En la PR, al tratar la cuestión de fondo, se afirma que:

«Aunque presentó hidronefrosis de forma precoz que podría justificar la permanencia del catéter, no se programó, previo al alta, fecha de cita para retirada del catéter. De igual forma, no se realizó interconsulta con Urología a pesar de la progresión de la hidronefrosis objetivada en las pruebas de control de su patología tumoral. La interconsulta con Urología se retrasa hasta la fecha 12 de noviembre de 2019.

El SIP considera que hubo una demora en la revisión del catéter doble J una vez dado de alta el paciente y esto genera la duda de que si se hubiera actuado previamente se hubiese realizado cambio de catéter precozmente o la aplicación de alternativa terapéutica que

hubiera, en su caso, podido evitar la progresión de la hidronefrosis y consecuentemente la anulación funcional del riñón derecho. Esta anulación del riñón derecho no conlleva la pérdida de su funcionalidad, tal y como se observa en los datos analíticos y en la clínica presentada (Creatinina 1,2 mg /dl, no HTA ni edemas en MMII)».

2. En el reciente Dictamen de este Consejo Consultivo 59/2024, de 1 de febrero, entre otros, se ha manifestado con carácter general acerca de la responsabilidad patrimonial, que:

«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".

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 señala 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, más sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) *«que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo*

que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración".

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara:

"Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria".

Ha de tenerse en cuenta 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».

Por otro lado, como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, requisito esencial para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone, sin perjuicio del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

3. En el presente asunto, en el informe del SIP se afirma sobre la cuestión de fondo lo siguiente:

«1.-La colocación del catéter doble J en el presente caso fue necesaria para la intervención quirúrgica de 25 de marzo de 2019 a fin de facilitar la localización de los uréteres y evitar lesiones de las vías urinarias superiores durante la intervención.

2.-El catéter doble J está indicado como derivación urinaria en las obstrucciones de la vía urinaria superior, ureterohidronefrosis. De esta forma, observamos que una vez retirado en consulta de urología de fecha 23 de enero de 2020 se intentó nueva colocación.

3.-Se describe correcta colocación del catéter doble J (TAC de 3 de abril de 2019, TAC de 19 de mayo de 2019, 7 de noviembre de 2019, RM de 15 de noviembre de 2019).

4.-En el caso que nos ocupa, dado que se detecta hidronefrosis grado II en la TC angio-torácica a sólo diez días de colocado el catéter doble J, nos hace pensar que, por lo menos inicialmente, la causa de la hidronefrosis no fuera el catéter doble J.

De esta forma:

En HC consta "hidronefrosis a pesar de catéter ureteral.

Retirado el catéter se objetiva stop a nivel ureteral distal.

En renograma de 6 de febrero de 2020, ya retirado el catéter, al hablar de hidronefrosis grado 4 se relaciona con probable estenosis de uréter distal.

Retirado el catéter ureteral derecho se observa que está calcificado en su extremo intravesical. La calcificación está descrita como complicación tardía.

5.-A pesar de las imágenes de hidronefrosis, el paciente no manifiesta molestias en relación al riñón hasta la fecha 12 de noviembre de 2019 momento en que se realizó interconsulta a Urología.

6.-Durante el ingreso de marzo de 2019 tras colocación de doble J deja anotado el Urólogo contactar previo al alta para citar retirada de catéter ureteral si no se presentan incidencias.

Aunque presentó hidronefrosis de forma precoz que podría justificar la permanencia del catéter, no se programó, previo al alta, fecha de cita para retirada del catéter. De igual forma, no se realizó interconsulta con Urología a pesar de la progresión de la hidronefrosis objetivada en las pruebas de control de su patología tumoral. La interconsulta con Urología se retrasa hasta la fecha 12 de noviembre de 2019.

Reconocemos que hubo una demora en la revisión del catéter doble J una vez dado de alta el paciente y esto crea la duda de que si se hubiera actuado previamente se hubiese realizado cambio de catéter precozmente o la aplicación de alternativa terapéutica que hubiera, en su caso, podido evitar la progresión de la hidronefrosis y consecuentemente la anulación funcional del riñón derecho.

Este hecho, que supone una pérdida de oportunidad terapéutica, nos lleva al cálculo de cuantía indemnizatoria».

4. Pues bien, a partir del contenido de este informe, que tiene por base, a su vez, los informes emitidos por los servicios sanitarios actuantes y la documentación incorporada al expediente, cabe formular dos conclusiones. La primera es la de que se constata la inexistencia por parte de la Administración sanitaria de una respuesta de contrario frente a la imputación a la misma, por parte del reclamante, de responsabilidad administrativa, al haber causado con su omisión negligente (retirada tempestiva del catéter) la producción de la hidronefrosis; la Administración, que tiene la carga de contradecir fundadamente la imputación del reclamante, no lo hace. Pero, además, y ésta es la segunda conclusión, la Administración manifiesta su duda acerca de que el retraso en la sustitución del catéter pudo haber generado la situación patológica de la hidronefrosis. De todo ello, así como de la inexistencia previa en el paciente de afecciones renales, cabe deducir tal causación, lo que nos lleva a concluir la influencia directa en el resultado final de una actuación médica deficiente y, por ello, contraria la *lex artis,* actuación que se concreta en la demora injustificada e inadecuada en la revisión del catéter *doble j* que portaba el afectado, lo que le causó la grave patología renal que el interesado padece.

5. Por lo expuesto anteriormente, difícilmente podemos considerar que nos hallamos ante un supuesto de pérdida de oportunidad y ello es así porque, como se verá, dicha institución jurídica se fundamenta de forma exclusiva no en la producción de un daño concreto y determinado, sino en la pérdida de una oportunidad real de lograr un resultado médico favorable para la salud del paciente.

En el supuesto que nos ocupa el elemento esencial lo constituye principalmente una actuación sanitaria incorrecta, suficientemente demostrada, que ocasionó un daño concreto y determinado y no la mera posibilidad de que, con una actuación médica correcta, se hubiera podido evitar el daño del interesado, máxime, si tenemos en cuenta la precocidad con la que surgió la hidronefrosis que finalmente ocasionó el daño del interesado, como se explica de forma detallada en el informe del SIP, enfermedad que se generó a los pocos días de portar el mismo, agravando el resultad final la tardanza en la respuesta de los servicios sanitarios actuantes.

6. Acerca de la institución jurídica de la pérdida de oportunidad el Tribunal supremo ha manifestado en su reiterada jurisprudencia en la materia, como por

ejemplo, en la Sentencia núm. 462/2018 de 20 marzo de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, que:

«Se precisa, ante todo, dejar consignados los precisos términos en que se pronuncian nuestras resoluciones, a las que apela la parte recurrente, como base para el desarrollo de su tercer motivo de casación. Tales resoluciones afirman ciertamente, como observa el recurso, que la doctrina de la pérdida de oportunidad constituye "una figura alternativa a la quiebra de la lex artis" ; pero, se añade inmediatamente después, "que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio".

Es preciso, consiguientemente, reproducir la frase completa para que ésta adquiera todo su sentido, porque lo que se quiere así dar a entender, y no más, es que la pérdida de oportunidad puede hacerse valer más allá de la infracción de la "lex artis" (en los casos en que tal quiebra no se ha producido)-siempre, según se añade, en presencia de un daño antijurídico, consecuencia del funcionamiento del servicio-.

En el sentido expuesto, su aplicación rebasa el ámbito en que ordinariamente despliega su eficacia la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el concreto sector que nos ocupa de la asistencia sanitaria pública, en tanto que la infracción de la "lex artis" (responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración) constituye el criterio rector determinante de su procedencia en la mayor parte de las ocasiones.

Y ciertamente es así; aunque, desde luego, a propósito de esta cuestión de carácter general y por detenerse en ella un ápice, tampoco puede descartarse total y absolutamente, y en vía de principio, la improcedencia de dicha responsabilidad en otros casos en el ámbito de la sanidad pública; con base, siempre -eso sí-, en algún título específico distinto de imputación, más allá del defectuoso funcionamiento del servicio, como la creación de una situación de riesgo o en la irrogación de un sacrificio especial, porque sin imputación difícilmente puede prosperar la responsabilidad, en tanto que se trata de un requisito legalmente establecido al efecto no susceptible de soslayarse; y siempre que además el daño ocasionado resulte antijurídico, en la medida en que quien lo padece no tiene obligación de soportarlo.

En cualquier caso, y volviendo sobre el asunto de la perdida de la oportunidad que es el que ha de centrar nuestra atención, lo que quiere significarse con la doctrina establecida en nuestras resoluciones que se traen a colación por la parte recurrente es, como antes dijimos, que su invocación puede formularse incluso sin quiebra de la "lex artis", no más.

NOVENO

Y no puede ser ello de otro modo, porque la razón de la acogida por parte de la jurisprudencia de esta doctrina se mueve en distinto plano que el de la "lex artis".

Concretamente, se sitúa en el terreno de la incertidumbre, como, entre tantas otras, resaltan las resoluciones que precisamente cita la sentencia recurrida, nuestras Sentencias de 19 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1298) RC 5893/2006 y 22 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6930) RC 2755/2010): "la denominada "pérdida de oportunidad" 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 o 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 de este mismo".

(...)

Es decir, no se ha apreciado que haya mala praxis, sino pérdida de oportunidad, conceptos que no son estrictamente equiparables y que, por tanto, impiden apreciar la triple identidad en cuanto fundamentos, hechos y pretensiones del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En sentencia de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 560) -recurso de casación núm. 2892/2011 -, entre otras, se dijo:

<<Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once, recurso de casación 6280/2009 , en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores":

Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8082) , recurso de casación 1593/2008 :

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8846) , como en las recientes de 4 (RJ 2007, 6617) y 12 de julio de 2007 , configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. 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 suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º)>>.

En definitiva, como afirma la Sentencia de 21 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1165) RC 4229/2011, la doctrina de la pérdida de oportunidad "existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma". En este sentido cumple señalar que se trata de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad ("un régimen especial de imputación probabilística", atendiendo a lo establecido por la Sala Primera de este Tribunal: Sentencia de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784)», doctrina aplicable al presente asunto.

7. A mayor abundamiento, la Administración a la hora de establecer la indemnización que le corresponde al interesado, tal y como se expondrá posteriormente, emplea no los criterios jurisprudenciales relativos a la determinación de la indemnización correspondiente en los supuestos de pérdida de oportunidad, que de acuerdo con la referida jurisprudencia no puede alcanzar una cuantía indemnizatoria idéntica a la que resultaría de imputar en su totalidad al Servicio Canario de la Salud el daño padecido -la Administración sanitaria debe ponderar el grado de participación de la pérdida de oportunidad en el resultado final de la actuación sanitaria prestada, que este Consejo ha estimado, según la naturaleza del caso, entre el 10 y el 60 % de la cantidad que resultaría de aplicar el referido baremo por la totalidad de los daños, como ha manifestado en su Dictamen 317/2021, de 10 de junio, entre otros muchos-, sino que por el contrario valora el daño padecido por el interesado, la pérdida de la capacidad funcional de uno de sus riñones, de forma completa y, por tanto, de forma incongruente con su afirmación relativa a dicha pérdida de oportunidad.

8. La Administración sigue el criterio del SIP, criterio correcto, especialmente cuando la cuantía solicitada por el interesado adolece de la justificación necesaria, que según se afirma en el informe del mismo se concreta en:

«Recurrimos, como orientativa, a la Ley y 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistemapara la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Fecha del hecho causante: marzo-abril de 2019 >>> FN 6 de mayo de 1968 >>>>50 años (antes de mayo).

Indemnizaciones por secuelas:

**Perjuicio personal básico.*

Se describe como secuela riñón derecho anulado (pérdida de la funcionalidad) pero asintomático y con conservación de la función renal creatinina 1,2 mg /dl, no HTA ni edemas

en MMII. El paciente se encuentra asintomático desde el punto de vista urológico. No ha precisado seguimiento por Urología a la vista de la documentación obrante en el expediente.

Valoramos Nefrectomía unilateral parcial-total. >>>>10 puntos, que además correspondería con la puntuación máxima de IR grado I que además no es el caso.

10 puntos>>>> 9.061,17 € (año 2019), sin perjuicio de su actualización .

**No procede perjuicio personal particular conforme a los datos obrantes en el expediente (asintomático desde el punto de vista urológico, creatinina 1,2 mg /dl, no HTA ni edemas en MMII, no ha precisado seguimiento por Urología).*

Los daños morales complementarios procederían en caso de secuelas que alcancen al menos 60 puntos que no es el caso.

No valoramos el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas ya que no se justifica que la secuela, sin perjuicio del proceso base del paciente, limite su autonomía personal entendiendo ésta como el menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria (comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica)».

9. En conclusión, el interesado tiene derecho a una indemnización de 9.061,17 euros, que debe actualizarse, en todo caso, a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, de conformidad con lo establecido en el art. 34.3 LRJSP y no como hace incorrectamente la Administración que la actualiza en el momento en el que se emite la Propuesto de Resolución.

C O N C L U S I Ó N

La PR, que estima parcialmente la reclamación formulada, se considera conforme a Derecho, de acuerdo con los razonamientos expuestos en el Fundamento IV, con la salvedad de la actualización de la indemnización procedente.