



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 8 2 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de noviembre de 2011.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.B.G., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 570/2011 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de fecha 20 de septiembre de 2011, registrado de entrada en este Consejo el 6 de octubre siguiente, la Sra. Consejera de Sanidad interesa de este Consejo preceptivo Dictamen por el procedimiento ordinario, al amparo de lo dispuesto en los artículos 11.1.B.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2003, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (RPAPRP), respecto de la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, incoado a instancia de la reclamante por las lesiones, los daños y perjuicios causados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por centro concertado por el Servicio Canario de la Salud. De la naturaleza de la propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen.

2. En el análisis a efectuar son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el RPRP. Asimismo es de aplicación la legislación específica reguladora del servicio público prestado.

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

II

1. En cuanto a la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio regulado en el artículo 106.2 de la Constitución (artículos 139 y ss. LRJAP-PAC), se observa lo que sigue:

- En el presente procedimiento se cumple el requisito de legitimación activa de la reclamante, al pretender el resarcimiento de un daño cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por un Centro Hospitalario concertado por el Servicio Canario de la Salud y la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado centro concertado, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño. La reclamante tiene la condición de interesada conforme a lo previsto en el artículo 31 y 139 de la LRJAP-PAC, en relación al artículo 4.1 del RPRP.

- Se cumple igualmente el requisito de no extemporaneidad de la reclamación pues la misma se presenta el 29 de mayo de 2008, en relación con las lesiones y secuelas sufridas tras la intervención quirúrgica realizada en el centro concertado el 16 de agosto de 2006, si bien el informe emitido por el Servicio de Inspección y Prestaciones, de 16 de abril de 2009, pone de manifiesto que el alcance definitivo de las secuelas no se produce hasta el 20 de diciembre de 2007, fecha en la que comienza el plazo de interposición, luego la reclamante ha cumplido el requisito legalmente establecido. (Artículo 142.5 de la LRJAP-PAC y artículo 4.2 del RPRP).

- El daño reclamado es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la persona de la reclamante, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 139.2 LRJAP-PAC.

2. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el artículo 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los artículos 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud y la Resolución de 22 de abril de 2004, del Director del Servicio Canario de la Salud, por la que se delega en la Secretaría General la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

3. La resolución de la reclamación de responsabilidad patrimonial es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

III

1. El procedimiento se inicia mediante el escrito de reclamación, de 29 de mayo de 2008, con registro de entrada del mismo día.

2. Por lo que se refiere a la tramitación del expediente ha de señalarse que:

- Mediante oficio de 11 de junio de 2008 se requirió a la reclamante para subsanación y mejora de su solicitud en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que se le podría tener por desistida en caso de no atender, en plazo, el requerimiento. Dentro de dicho plazo, el 27 de junio de 2008, la interesada atendió al requerimiento aportando la documentación complementaria que le había sido solicitada.

- Con fecha 16 de abril de 2009 se recibió el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones relativo a la fecha de determinación de las secuelas, que le había sido solicitado, el 7 de julio de 2008, a los efectos de la determinación del cómputo del plazo prescriptivo.

- La reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, de conformidad con lo que dispone el art. 6.2 del RPRP, el 27 de abril de 2009, lo que fue oportunamente notificada a la interesada y al centro concertado Hospital de San Juan de Dios, mediante escritos de fecha 6 de mayo de 2009.

- En las actuaciones consta la realización de los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP). Recabándose los preceptivos informes y practicándose las pruebas que se consideraron procedentes, previa apertura del periodo probatorio el 13 de enero de 2011, notificado el 1 de febrero siguiente. Así mismo, consta en el expediente remitido a este Consejo Consultivo que se llevaron a cabo los trámites de vista y audiencia, en fecha 22 de marzo de 2011, inmediatamente antes de elaborar la propuesta de resolución, artículo 11.1 del RPRP, adjuntando la relación detallada de los informes y documentos que obraban en el

expediente, artículo 11 RPRP, formulando la interesada las alegaciones que a su derecho convino, mediante escrito presentado por su letrado, de 31 de marzo de 2011, cuya representación consta acreditada en el procedimiento incoado.

3. Conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1 LRJAP-PAC y al artículo 10.1 RPRP, el órgano instructor ha solicitado y recabado los siguientes informes preceptivos:

- Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de 30 de diciembre de 2010, adjuntando documentación clínica e informe del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital de San Juan de Dios; las historias clínicas de la afectada, previo su consentimiento al efecto, custodiadas en los archivos del Hospital San Juan de Dios, del HUC y del Servicio de Atención Primaria.

- Constan también, entre otros: el Informe Clínico del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital Universitario de Canarias, de 17 de diciembre de 2008 y de 22 de julio de 2010; el Informe Clínico del Dr. T.E., de 20 de abril de 2009, del Departamento de Cirugía Ortopédica, Traumatología y Medicina del Deporte, de I.C.T.M.E., el Informe de Resonancia Magnética, de 30 de enero de 2009; la Certificación del grado de discapacidad de la Dirección General de Bienestar Social, de dos de marzo de 2011; los documentos acreditativos del consentimiento informado previo al tratamiento quirúrgico del Hallux y Dedos en Garra, así como el consentimiento informado previo a la prueba de anestesia; el informe clínico del Servicio de Psiquiatría General, del Hospital Universitario de Canarias, de 24 de septiembre de 2010, el informe del Servicio de Reumatología del HUC, sin fecha; el Informe médico del Dr. Á.H., cirujano ortopédico y traumatólogo, de 23 de abril de 2009, así como el histórico de bajas y altas médicas de la afectada.

4. El procedimiento concluye con la preceptiva Propuesta de Resolución, de 2 de septiembre de 2011, precedida de un primer borrador de 14 de abril anterior, de sentido desestimatorio de la reclamación formulada.

- Obra en el expediente que la Propuesta de Resolución fue informada, favorablemente, por los Servicios Jurídicos, el 19 de agosto de 2011, según lo dispuesto en el artículo 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero.

De lo anterior se deduce que la Administración ha incumplido el plazo para resolver (art. 142.5 LRJAP-PAC), lo que no se justifica a la vista de los actos de instrucción que constan en el expediente. El procedimiento, sometido además al

criterio de celeridad (artículo 74.1 LRJAP-PAC), ha durado más de tres años y medio, pese a los múltiples y reiterados escritos presentados por la interesada solicitando el impulso de las actuaciones. No obstante, ello no impide la resolución expresa del procedimiento, a tenor de lo establecido en los artículos 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC.

De lo actuado en el curso de la tramitación del procedimiento no se desprenden irregularidades procedimentales que impidan un pronunciamiento sobre el fondo, habiéndose tramitado correctamente excepto en lo relativo al plazo resolutorio.

IV

Los antecedentes más relevantes que se desprenden de la historia clínica de la paciente son los siguientes:

1. En fecha 31 de mayo de 2006 fue valorada en el Hospital de San Juan de Dios, presentando Hallux Valgus, en pie derecho con dolor y deformidad severa con impotencia funcional en I dedo y en cabeza de los metatarsianos centrales. A la exploración: Hallux Valgus con bunio prominente doloroso y metatarsalgia central dolorosa. La prueba de Rx resultó con: Hallux valgus con ángulo MTF de 50° y ángulo IMT de 15 °, índice minus con metatarsianos centrales prominentes. Previamente había estado en lista de espera para intervención quirúrgica, solicitando aplazamiento por motivos laborales y de estudio, posteriormente fue remitida por el SCS al Hospital L.C. para ser intervenida por Servicio de Traumatología, tras lo cual fue intervenida en el Hospital San Juan de Dios, en fecha 16 de agosto de 2006, practicándose osteotomía de Chevron buniectomía y tenotomía abductor en I metatarsiano. Osteotomía de Akin en base de falange proximal de I dedo y osteotomías de Weil en cabezas II, III y IV metatarsianos en pie derecho.

2. Consta la firma del documento de Consentimiento Informado para tratamiento quirúrgico de Hallux Valgus y dedos en garra que recoge expresamente: "La corrección de la deformidad conlleva el acortamiento de los dedos intervenidos, así como una incapacidad para moverlos adecuadamente. Dicha incapacidad suele ser temporal. Después de la intervención sufrirá dolor en la zona de la herida debido a la cirugía y al proceso de cicatrización, que puede prolongarse durante algunas semanas, meses o hacerse continuas. Lesiones de vasos, de nervios adyacentes que puede condicionar dolor local o adormecimiento del dedo (...) rigidez de la articulación intervenida, acompañada o no de inflamación importante y descalcificación de los huesos (atrofia ósea)"

3. Tras la intervención se alcanza una corrección del ángulo MTF aproximadamente de 5° y ángulo IMT de 10°, según control radiológico

4. El 26 de septiembre de 2006, tras prueba Rx de control, se constata la consolidación de las osteotomías, retirándose las agujas de osteosíntesis percutáneas.

5. No consta proceso de incapacidad laboral hasta el 7 de noviembre de 2006 "traumatismo de rodilla /pierna/ tobillo /pie". Según los antecedentes de Atención Primaria en el motivo de su visita al Médico consta: traumatismo pie intervenido de hallux valgus derecho.

6. La primera referencia a "molestias de ambos pies" en la historia clínica de Atención Primaria corresponde a la fecha 7 de diciembre de 2006. El 13 de abril de 2007 se solicita interconsulta a Traumatología. El 18 de mayo de siguiente sigue con dolor en el pie, manifestando empeoramiento progresivo. El 1 de junio del mismo año se remite a Traumatología para tratamiento operatorio bajo el diagnóstico de Hallux Valgus pie derecho operado doloso. El 13 de septiembre de 2007 refiere dolor y acortamiento del primer dedo del pie derecho. En Rx, equilibrio del 1er dedo a nivel metatarsofalángico.

7. El 20 de diciembre de 2007, se realiza informe clínico en consulta de traumatología desaconsejando una intervención quirúrgica de artrodesis.

8. El 18 de enero de 2008, se solicita segunda opinión facultativa, interesando la paciente ser atendida por el Dr. H.F. del Servicio de Traumatología del Hospital Universitario de Canarias, quien se muestra disponible haciendo constar, no obstante, que la paciente ya había sido valorada por cinco especialistas traumatólogos por la misma patología.

9. El 2 de diciembre de 2008, se determinan las siguientes secuelas permanentes: edema, rigidez articular y dolor residual que le dificulta la marcha y el uso del calzado. En Rx artrodesis postquirúrgica metatarfalángica del Hallux. Informando el Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario de Canarias, que los futuros tratamientos quirúrgicos son de dudosos resultados

10. El 30 de enero de 2009, en prueba de resonancia magnética nuclear, muestra cambios postquirúrgicos e importantes cambios degenerativos con pinzamiento del espacio articular, pérdida del cartílago hiliario y erosiones óseas subcondrales en I articulación metatarso-falángica derecha con desviación subluxación medial, edema

de tejido celular subcutáneo del antepié adyacente a articulaciones interfalángicas proximales II, III y IV, con mínimo derrame en articulaciones tibio-peronea astragalina y subastragalina.

11. El 20 de abril de 2009, se emite informe por el Dr. T.E., del Departamento de Cirugía Ortopédica, Traumatología y Medicina del Deporte, del I.C.T.M.E., en el que, entre otras consideraciones, aprecia en el pie izquierdo artritis con signos de sinovitis aguda en la articulación MTTF del 1º dedo. En relación al pie derecho aprecia signos degenerativos acusados a nivel de articulación MTTF del 1º dedo, edema tejido celular subcutáneo adyacente a las art. IPF del 2º, 3º y 4º dedos. Aconsejando la práctica de artrodesis MTTF del 1º dedo con placa Halufix, sección percutánea de extensores en el pie derecho.

12. El Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología (COT) del HUC informa, el 22 de julio de 2010, que persisten las molestias en el antepié derecho operado, lo que le dificulta la deambulación y bipedestación prolongada. Aprecia síntomas de sinovitis mecánica, recomendando calzado ortopédico. Presentaba, así mismo, dolor en región lumbar y cadera derecha, practicada prueba de Rx resultó: pinzamiento articular coxo-femoral y choque femoroacetabular. Signos precoces de artrosis en zona lumbar baja.

13. Mediante Resolución de la Dirección General de Bienestar Social, 2 de marzo de 2011, se reconoce a la paciente un Grado de Discapacidad total y definitivo del 65% (53% correspondiente a las limitaciones en la actividad global y 12% complementario por factores sociales). El tipo de limitación en la actividad es Física-Psíquica- sensorial.

V

1. El fundamento fáctico de la pretensión resarcitoria descansa en la alegación de la afectada de que fue operada el día 16 de agosto de 2006, en el Hospital San Juan de Dios, centro concertado por el Servicio Canario de la Salud, donde se le practicó osteotomía de Chevron buniectomía y tenotomía abductor en I metatarsiano. Osteotomía de Akin en base de falange proximal de I dedo y osteotomías de Weil en cabezas II, III y IV metatarsianos en pie derecho tras lo cual ha quedado imposibilitada para seguir su vida con normalidad puesto que no puede caminar más de quince o veinte minutos sin que se le hinche el pie principalmente alrededor del primer metatarsiano y el penúltimo del pie operado, también en la

parte lateral del pie y de los tendones que le unen al tobillo. Manifiesta que, como consecuencia de la operación, tiene todos los dedos que le operaron de “una sola pieza”, no los puede separar y cuando intenta moverlos se mueven todos juntos y reducidamente. Afirma también que después de la operación tiene el pie operado (el dcho.) mucho más corto que el contrario y que a los quince días de la operación, cuando le quitaron los puntos, ya se podía apreciar la deformidad que había quedado “puesto que todos los dedos tenían tendencia hacia el lado izquierdo”. Continúa alegando que a los cuarenta días le quitaron las agujas, sin anestesia, sin cabeza y cortadas puesto que en quirófano no tenían la medida adecuada para su pie, una de ellas, la de la parte posterior del pie se infectó y “derramó un chorro de sangre como si de un surtidor se tratara”. Como secuelas permanente tiene la sensación de molestia y dolor en el pie operado, “mucho dolor e hinchazón en el primer y penúltimo metatarsiano, en el metatarsiano plantar. El dedo meñique se oculta bajo los otros tres dedos operados”. Además padece un fuerte dolor lumbar consecuencia de la anestesia epidural a la que fue sometida y que ya ha padecido dos lumbalgias por dicha causa. Manifiesta que ha quedado imposibilitada para conducir y para calzarse, ya que cualquier zapato que se ponga, ortopédico o no, le produce molestias y que cada día que pasa tiene menor movilidad en el pie, incluso después de descansar durante toda la noche. No puede apoyar el pie con normalidad y lo tiene hipersensible, a cualquier golpe o rozadura. B.G., letrado de la reclamante, señala que su representada ha sido valorada por los servicios de la Consejería de Bienestar Social habiendo sido declarada afecta a una discapacidad del 65%, con una limitación a la actividad global del 53%, (extremos que se consideran acreditados suficientemente con la documentación que aporta, folios 394 y 395), todo ello como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria recibida por la interesada. Añade, así mismo, que “el documento de consentimiento informado, de tipo general, no refiere la verdadera intervención a la que finalmente fue sometida la paciente (se le comunica una cosa y se realizan otras) (...)” considerando que, en consecuencia, dicho consentimiento es inválido pues la paciente no estuvo suficientemente informada, pues la información ofrecida no hacía referencia a su caso particular, ni a las posibles repercusiones personales, añadiendo que, además, “existen distintas opiniones médicas sobre la conveniencia o no de volver a intervenir quirúrgicamente las lesiones, por su resultado dudoso, según palabras del propio Jefe de Servicio de Traumatología”.

2. Por todo ello reclama una indemnización, que concreta su letrado, mediante escrito de alegaciones de 31 de marzo de 2011, de 90.000,00 euros, “por todos los

conceptos”, aunque sin desglosar ni especificar cada uno de ellos, invocando la aplicación analógica del criterio para la cuantificación de la resarcitoria de las lesiones personales en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (LSC).

3. La Propuesta de Resolución, tras analizar detenidamente las alegaciones formuladas por la reclamante, tanto las contenidas en su escrito inicial como en los posteriores, así como la jurisprudencia y legislación aplicable, con base en la historia clínica y en los demás medios de prueba, documental aportada, e informes clínicos obrantes en el expediente, considera procedente proponer la desestimación de la reclamación que da inicio al presente procedimiento, al considerar que “el daño no ha sido antijurídico, y no proviene de la actuación del Servicio Canario de la Salud, que actuó correctamente, sino que tiene su causa en la propia patología de la paciente, que no pudo ser solucionada en la intervención quirúrgica que se le realizó. (...) los facultativos cumplieron con su deber de diligencia, y obraron conforme a la *lex artis* en esa intervención. Asimismo, la paciente fue informada de los riesgos que revestía la intervención, ya que consta en el consentimiento informado que firma antes de la misma”.

VI

1. Respecto a la alegación del Letrado, alusiva a los vicios que observa en el documento de consentimiento informado, por inadecuación de la información facilitada, aunque sin especificar si se refiere al consentimiento informado previo al tratamiento quirúrgico del Hallux y Dedos en Garra, o al consentimiento informado previo a la prueba de anestesia, hay que valorarla por la afectación que supone en cuanto al fondo de la cuestión planteada.

2. En consecuencia, procede comenzar recordando que en relación al consentimiento informado, como garantía que se impone a toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente y a la relevancia que su ausencia o insuficiencia tiene en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, cuya falta o insuficiencia se invoca expresamente por el letrado de la reclamante en su escrito de alegaciones ya citado. Cabe señalar que sobre esta materia es de aplicación la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de carácter básico, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de

información y documentación clínica, que actualiza la regulación contenida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, [modificada por Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y por la Ley 26/201, de 1 de agosto-RCL 2011/1517] en observancia de las previsiones del Convenio relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina de 4 de abril de 1997. Entre los principios básicos que enuncia la Ley en su artículo 2, figura la exigencia, con carácter general, del previo y preceptivo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, "que debe obtenerse después del que el paciente reciba una información adecuada", y que "se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley" (apartado 2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (apartado 4). El artículo 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el artículo 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el artículo 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, el artículo 8 prevé que "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 artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso", y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito. Como excepción se permite llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente sin necesidad de su consentimiento en supuestos tasados (artículo 9.2); (...)"

En este sentido, el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, de 7 de diciembre de 2000, y reconocida con el mismo valor jurídico que los Tratados por el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009), se reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, obligando a respetar, en el marco de la medicina y la biología "el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley" [apartado 2.a)].

En esta misma línea, el Capítulo II del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, de 4 de abril de 1997 y ratificado por España por Instrumento de 23 de julio de 1999, con entrada en vigor el 1 de enero de 2000, se refiere al "consentimiento" estableciendo, en su artículo 5, la regla general según la cual, sólo podrá realizarse una intervención en el ámbito de la sanidad "después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento", a cuyo efecto, "deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias", con la excepción prevista en el art. 8, relativa a las intervenciones por motivo de urgencia.

A pesar de que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no existe una norma expresa y específica relativa a la protección de la integridad física, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 16 de diciembre de 1997 y de 24 de febrero de 1998) la considera integrada en la noción de "vida privada" que se prevé en el art. 8.1, como también ha incluido en el mismo la necesaria participación de los pacientes mayores de edad en la elección de los actos médicos que les afecten, así como los relativos a su consentimiento (SSTEDH de 24 de septiembre de 1992 y de 29 de abril de 2002), considerando el Tribunal que la aplicación de un tratamiento médico sin ese consentimiento previo supone un ataque a la integridad física del paciente que puede vulnerar los derechos del artículo 8.1 CEDH, destacando por ello la importancia, para los pacientes, de tener acceso a la información que les permita evaluar los riesgos sobre su salud. Considerando el TEDH que los Estados miembros tienen la obligación de adoptar las normas necesarias para garantizar el respeto a la integridad física de los pacientes, si se consuma un riesgo previsible sin que el paciente haya sido informado por el médico, el Estado concernido podría llegar a ser directamente responsable al abrigo del artículo 8 CEDH. (En el mismo sentido la STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9).

3. Analizando si en el caso concreto que nos ocupa, concurren los requisitos antes señalados, cabe concluir que el documento, sin fecha, obrante al folio 87 y 88, referido al consentimiento informado del tratamiento quirúrgico del Hallux y dedo en Garra, debe señalarse primeramente que la paciente padecía un grado de afección catalogado como hallux valgus grave. Clínicamente presentaba dolor y deformidad severa con impotencia funcional en I dedo y en cabeza de metatarsianos II, III y IV. Bunion prominente doloso y metatarsalgia central dolosa, radiológicamente Hallux Valgus con ángulo MTF de 50° y ángulo IMT de 15°, índice minus con metatarsianos

centrales prominentes. El documento de Consentimiento Informado es para tratamiento quirúrgico de Hallux Valgus y dedos en garra. Luego se desprende que era el indicado a la intervención prevista y ejecutada el 16 de agosto de 2006, practicándose osteotomía de Chevron bunionectomía y tenotomía abductor en I metatarsiano. Osteotomía de Akin en base de falange proximal de I dedo y osteotomías de Weil en cabezas II, III y IV metatarsianos en pie derecho. Lo cual, según los informes obrantes en el expediente, ya citados, se corresponden con el procedimiento adecuado. Por lo demás, consta en el documento firmado por la paciente que se le informó acerca de su derecho a conocer el procedimiento al que iba a ser sometida y en qué consistía la enfermedad padecida y diagnosticada (hallux valgus), así como las diferentes técnicas para la corrección de la deformidad, el objetivo de la intervención, la necesidad de ser sometida a anestesia de cintura para abajo, informándole expresamente que la corrección de la deformidad conllevaba el acortamiento de los dedos intervenidos y una incapacidad para moverlos adecuadamente, las secuelas, permanentes y/o temporales, que podía padecer después de la intervención, las complicaciones comunes que podía surgir, llegando incluso a un mínimo porcentaje de mortalidad, sin que se apreciaran riesgos específicos a parte de los generales expuestos, así como el tratamiento posterior a la intervención quirúrgica. Consta también la posibilidad de revocación del consentimiento otorgado. Todo ello se expresa en el documento con palabras sencillas, fácilmente comprensibles.

Respecto al consentimiento informado para anestesia, documento de fecha 21 de junio de 2006, folios 92 y 93, también se considera ajustado a las previsiones legales antes referidas, sin que resulte necesario entrar ahora detalladamente en su contenido y redacción pues parece deducirse de las alegaciones formuladas que el reproche jurídico se formula contra el anterior consentimiento, ya valorado.

4. Por lo anterior, cabe concluir, y respecto a este primer análisis que la persona afectada ha dado su libre e informado consentimiento, a cuyo efecto, recibió previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

5. Analizada ya esta cuestión, que podemos considerar previa y entrando en el fondo de la cuestión planteada, conviene ahora recordar que en relación a la institución de la responsabilidad de las Administraciones públicas, ésta descansa, en nuestro ordenamiento interno, en los artículos 106.2 de la CE; 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, así como el criterio interpretativo de la institución de la responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, incorporado al artículo 141.1 de la citada Ley, por la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual, «sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Asimismo, y a los fines del artículo 106.2 de la C.E. la jurisprudencia (SSTTSS de 5 de junio de 1989 [RJ 1989, 4338] y 22 de marzo de 1995 [RJ 1995, 1986]), ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo. Es jurisprudencia consolidada la que entiende que dicha responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo [RJ 1993, 6375] , 18 de octubre [RJ 1993, 7498] , 27 de noviembre [RJ 1993, 8945] y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 9962] , 13 de marzo [RJ 1999, 3151] y 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 7256]), aunque, como ha declarado el TS, también en reiteradísimas ocasiones, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

6. Aplicando la anterior jurisprudencia a la reclamación objeto de Dictamen, en relación a la técnica y procedimiento empleados, así como a las secuelas, resulta de los informes médicos obrantes en el expediente particularmente del informe, de carácter preceptivo, de 2 de septiembre de 2010, del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital San Juan de Dios, lo siguiente:

- Respecto a la aparición de la lumbalgia o aparente escoliosis tras una anestesia espiral, no parece tener base científica alguna asociarla a una anestesia como la utilizada.

- En relación al acortamiento de los dedos del pie intervenido, el informe preceptivo afirma que si se puede producir muy levemente la osteotomía tipo Atkin, que se realiza en hallux valgus severos, como el de esta paciente y mediante una osteotomía tipo cuña mejora el ángulo metatarso falángico. El acortamiento aproximado es de unos 3-4 mm, hecho que no afecta en nada a la funcionalidad del pie. Por ello es una técnica ampliamente difundida en todos los centros donde se realiza este tipo de cirugía.

- La alegación referida a la utilización de agujas Kirschner, y que en quirófano no había de su tamaño, señala el expediente que éstas son de tamaño estándar, de la misma longitud, 30 centímetros y que es una técnica ampliamente difundida en la estabilización de osteotomías en el tratamiento de hallux valgus. Una vez colocadas se cortan intraquirúrgicamente a 1-1,5 centímetros de la piel, para facilitar su posterior extracción en consultas externas.

- En cuanto a los dolores que, refiere la reclamante, sufrir en el pie, ello puede ser debido a diferentes causas, tal como afirma el informe de 2 de septiembre de 2010, "como problemas de tipo vascular, no consolidaciones de osteotomías, aparición de cuadro de dolor regional complejo, o por procesos degenerativos como pueden ser la artrosis metatarso- falángica. Esta puede ser la evolución natural del hallux valgus severo, como es el caso de la paciente, puesto que las osteotomías realizadas no afectan a la articulación afectada, no son osteotomías intraarticulares".

7. La interesada no ha aportado al expediente ningún informe médico pericial, o prueba de diversa índole incluso indiciaria, que desvirtúe el contenido del citado informe, sin que de la instrucción se infiera dato alguno que permita cuestionar sus conclusiones pues, tal como afirma el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de fecha de 30 de diciembre de 2010, folios 154 a 158, no se describe en la historia clínica incidencia alguna durante el procedimiento quirúrgico ni tampoco durante el postoperatorio. Ratificando que la técnica quirúrgica empleada fue la adecuada a la patología observada (Radiológicamente Hallux Valgus con ángulo MTF de 50° y ángulo IMT de 15°, índice minus con metatarsianos centrales prominentes).

Tampoco la inspectora médico informante observa error en el procedimiento, ni en el diagnóstico, ni tampoco en el tratamiento terapéutico, habiéndose informado a la paciente acerca de las posibilidades de resultados no deseados y que se han descrito como secuelas dolor residual, edema, rigidez articular patologías que ya existían o cuyas posibilidades fueron consentidas por la interesada.

8. De lo anterior resulta que la paciente fue intervenida quirúrgicamente de un grado de afección catalogado como hallux valgus grave, puesto que presentaba dolor y deformidad severa con impotencia funcional en I dedo y en cabeza de metatarsianos II, III y IV. Bunio prominente doloso y metatarsalgia central dolorosa, sin que, lamentablemente, los resultados fueran satisfactorios, como ha quedado suficientemente acreditado, así como que el consentimiento informado se prestó en las condiciones exigidas por la legislación aplicable, particularmente la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que contempla el derecho de la interesada, como usuaria de los servicios del sistema público sanitario, en este caso del SCS, a recibir en términos claros, concisos y comprensibles, información suficiente, completa, continuada, verbal y, en este caso, también escrita, sobre su proceso, ello con la finalidad de que pudiese adoptar su decisión sobre la elección o rechazo de la intervención quirúrgica, como la que le fue practicada el 16 de agosto de 2006, en atención a sus posibles riesgos e hipotéticos beneficios.

9. Atendiendo a la citada jurisprudencia, y normas de aplicación, efectivamente, de lo hasta ahora actuado, se deduce que no procede estimar la pretensión indemnizatoria instada por la interesada, pues no cabe aquí inferir una infracción de la *Lex artis ad hoc*, ni una negligente actuación médica, o la indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, el cual en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para la paciente. Tampoco parece procedente acoger la alegación de falta o insuficiencia de consentimiento informado, obrando éste en el expediente, como se ha dicho anteriormente, sin que las alegaciones de la representación letrada de la reclamante, alcancen a desvirtuar los datos que constan acreditados en el expediente. Así, no se ha alcanzado a trasladar al procedimiento la necesaria convicción sobre la falta de consentimiento informado. Ni al plantear la solicitud y promover la incoación de las actuaciones; ni tampoco después en el curso del trámite probatorio asimismo realizado; ni finalmente en el trámite de audiencia. Al efecto cabe recordar que incumbe la carga de la prueba a quien alega la existencia de un derecho. Más allá de la actividad instructora, así pues, corresponde a la propia reclamante la carga de trasladar al procedimiento administrativo la convicción plena sobre la efectividad de los derechos que pretende hacer valer.

10. Llegados a este punto, solo cabe concluir que en el caso ahora analizado no concurren los requisitos necesarios para que proceda reconocer el derecho a la indemnización que se solicita, al no apreciarse una relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público de salud, sin que se pueda

achacar a los facultativos una mala práctica, un mal hacer o una infracción de la *Lex artis ad hoc*, considerando, además, que los daños padecidos no son antijurídicos, ni estimándose que la intervención quirúrgica realizada no se ajustara a los procedimientos establecidos, tampoco se observa error de diagnóstico ni retraso en el mismo, ni retraso injustificado en la prestación de la asistencia sanitaria requerida. Por consiguiente, y atención a todo lo anterior, no cabe apreciar la existencia de una lesión antijurídica, en los términos del artículo 141.1 (LRJAP-PAC) ya citado, pues tratándose de responsabilidad patrimonial derivada de servicios médicos, el elemento de culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo producido. Por consiguiente, para poder apreciar la existencia de responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico toda vez que si éste no se produce, no se genera responsabilidad, en contra de lo que se pretende. Así, los daños sufridos, en el presente caso, no parecen ser atribuibles a la actuación médica, pues los informes traídos al procedimiento coinciden en que son la consecuencia de riesgos intrínsecos a este tipo de intervención, que la paciente estuvo dispuesta a asumir al firmar su consentimiento, debidamente informado. La apreciada falta de relación causal no puede producir responsabilidad de la Administración, en cuanto que no cabe apreciar la existencia de un perjuicio atribuible a los servicios públicos sanitarios de aquella dependientes, pues como ha dicho el TS, (STS, Sala Tercera, de 7 de marzo de 2007, RJ/2007/953), deviene especialmente relevante hacer mención a lo que es, también, una reiteradísima jurisprudencia del TS en relación a la responsabilidad de la Administración sanitaria, a cuyo fin y por todas cita la Sentencia de 16 de marzo de 2005 (Rec.3149/2001) donde “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”.

11. Por todo lo anteriormente expuesto, es nuestro parecer que la Propuesta de Resolución es ajustada a derecho, al proponer la desestimación de la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, pues no concurren en el presente caso, los requisitos que dan lugar a la procedencia de su acogida.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, de carácter desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, se considera conforme a Derecho.