



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 358 / 2015

(Sección 2ª)

La Laguna, a 1 de octubre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por D.G.S., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 365/2015 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, iniciado por D.G.S, en solicitud de una indemnización por los daños producidos como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de la Salud.

2. La cuantía de la indemnización (800.000 euros) determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC.

3. En el presente procedimiento, la reclamante tiene la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo, puesto que alega haber sufrido daños como

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

consecuencia del funcionamiento incorrecto de un servicio público, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Administración autonómica como titular de la prestación del servicio público sanitario conectada a la producción del hecho lesivo.

El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, correspondiendo la competencia para resolver a su Director, de conformidad con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

4. Los hechos a los que la interesada imputa los daños se produjeron durante la asistencia sanitaria recibida como consecuencia del tratamiento por Neuroma de Morton desde diciembre de 2008, incluidas dos intervenciones quirúrgicas (la última de ellas realizada el 6 de abril de 2011), presentando su reclamación el 25 de noviembre de 2011. Sin perjuicio de la fecha en que se hayan podido determinar el alcance de las secuelas, la reclamación está dentro del año para ejercer su derecho en virtud del art. 142.5 LRJAP-PAC.

5. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, RPAPRP (aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo) el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que se ha superado holgadamente en este procedimiento; sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma.

En definitiva, en la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan a un Dictamen de fondo.

II

1. Los hechos por los que se reclama, según relata la reclamante, son los siguientes:

- El 17 de febrero de 2009 se le informa de que tiene el tercer dedo corto, 1º hallux doloroso y segundo largo, quiste 2º dedo pie derecho y neuroma de Morton 1º y 2º, siendo el tratamiento adecuado una osteotomía de Weil de 2º MTT pie derecho.

- El 10 de febrero de 2010 fue ingresada en el HUNSC para ser intervenida quirúrgicamente por dicha dolencia.

- La operación le provoca un desorden biomecánico con imposibilidad para desarrollar su trabajo dado que, según refiere, desde ese momento nunca ha podido permanecer en pie más de cinco minutos seguidos por dolor constante, por lo que acude de nuevo a la doctora, al observar que el segundo dedo se mantenía rígido, inerte y sin movilidad alguna, encontrándose también más elevado que el resto, dado que en la operación le informaron que se afectaron algunos nervios que produjeron dicha inmovilidad.

- Se le recomienda nueva intervención y que mientras acudiera a rehabilitación. Tras finalizar las sesiones de rehabilitación, no se produce mejoría sino persistencia del dolor y rigidez del 2º dedo.

- El 6 de abril de 2011 se realizó la segunda intervención, osteotomía de Weil en metatarsianos de los dedos 2º y 3º, así como tenotomía extensora del 4º dedo y osteotomía de Akin en la falange de hallux con colocación de grapa de Blount. La operación se realizó un año y tres meses después de la primera operación.

- Tampoco la segunda intervención logró corregir el desorden de rigidez e inmovilidad del pie, provocado tras la primera intervención. Su aspecto empeoró y los dolores fueron en aumento. Esta vez el tercer dedo también apareció rígido y elevado del suelo, igual que el segundo.

2. Otros hitos relevantes del expediente son:

- Por Resolución de 12 de diciembre de 2011, la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, tras su subsanación y mejora, admite a trámite la reclamación y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica de la interesada.

- El 5 de junio de 2015 se admiten las pruebas documentales propuestas por las partes y obrantes en el expediente.

- La interesada en el trámite de audiencia amplía el contenido de la reclamación, refiriéndose en este momento a un presunto error de tratamiento ya que entiende que la intervención a la que fue sometida no era la indicada para el

diagnóstico de Neuroma de Morton (" no es práctica habitual para corregir el neuroma, este tipo de intervención").

3. De la documentación obrante en el expediente queda acreditado lo siguiente:

Antecedentes: Diabetes Mellitus.

- El día 3 de agosto de 2008 se realizó resonancia magnética del ante pie derecho. Resultado: Pequeño quiste plantar, interfalángica primer dedo e imágenes sugestivas de pequeños neuromas de Morton en espacios de 1° y 2° dedo.

- El 17 de febrero de 2009 se diagnostica metatarsalgia, observándose a la exploración física: 3° dedo corto, 1° con hallux interfalángico doloroso y 2° dedo largo. Dolor en cabezas 2° y 3° matatarsiano y bursas.

- Es intervenida el 10 de febrero de 2010 en el HUNSC de osteotomía de Weil de 2° metatarsiano de pie derecho. Sin incidencias. Consta consentimiento informado.

- El 11 de febrero de 2010 se cursa alta a domicilio, sin incidencias.

- El 12 de marzo de 2010, en visita de control consta: "Dolor severo, halita rígido".

- El 28 de octubre de 2010, ante la persistencia de la rigidez del 2° dedo con metatarsalgia, se le diagnostica recidiva de metatarsalgia 2° y 3° y hallux interfalángico del 1°, por lo que es incluida nuevamente en lista de espera quirúrgica.

- El 6 de abril de 2011 se le practica en el HUNSC osteotomía de Wei en 2° y 3° metatarsiano; tenotomía del 4° dedo; osteotomía de Akin con osteosíntesis en 1°. Sin complicaciones. Evolución favorable. Consta consentimiento informado.

- El 7 de abril de 2011 causa alta hospitalaria.

- La paciente presenta molestias en 2° dedo al permanecer mucho tiempo de pie o con zapatos de tacón. Recibe el alta definitiva el 7 de septiembre de 2011.

III

1. La Propuesta de Resolución concluye, con base en distintos informes y notas clínicas, que no cabe apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, ya que la actuación de los servicios públicos sanitarios fue la correcta, sometiéndose la paciente libremente a ambas intervenciones, conociendo sus riesgos previamente y asumiendo que, aun actuándose diligentemente, como fue el caso, pudieran quedar secuelas no deseadas.

2. A efectos de determinar la responsabilidad de la Administración, es preciso tener en cuenta que el funcionamiento del servicio público de la sanidad se dirige a proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana. Por ello, la obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan solo que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste así en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Como señalan la SSTS de 24 de septiembre y 19 de octubre de 2004, 30 de octubre de 2007, 30 de septiembre de 2011 y 30 de abril de 2013, entre otras, cuando de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se trata no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de *la lex artis ad hoc* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la salud del paciente.

De este modo, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados. Ello, sin embargo, no ha acontecido en el presente caso pues del expediente resulta que las lesiones por las que reclama son una evolución natural de la dolencia que padecía previamente, sin que en las dos intervenciones practicadas se haya apreciada la existencia de mala praxis.

3. La interesada alega que el tratamiento quirúrgico no era el adecuado a su diagnóstico, Neuroma de Morton. Dicha afirmación no está fundada.

La reclamante no ha aportado prueba alguna de que tal técnica fuera incorrecta. Si cree que lo que alega es determinante de los daños por los que reclama, debe probarlos.

Como ya hemos dicho en distintos dictámenes, sin la prueba de esos hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de

Enjuiciamiento Civil, LEC, impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria.

Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts. 3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts. 6.1, 12.2 y 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP).

No basta la mera afirmación del reclamante, porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

No hay ninguna prueba, siquiera indiciaria o de presunciones, de la existencia de técnica quirúrgica incorrecta. Al contrario: A la vista de lo indicado en la historia clínica, se realizaron todas las pruebas previas necesarias antes de acometer cada intervención. Asimismo, como se indica tanto en el informe del Servicio de Traumatología, de 7 de febrero de 2012 como explica el Servicio de Inspección y Prestaciones, en su informe de 1 de junio de 2015, la técnica aplicada fue la correcta para intentar solventar los problemas que presentaba, sin que la asistencia sanitaria prestada pueda ser objeto de reproche alguno. Ello sin perjuicio de que el resultado no fuese el esperado por la paciente. Así, "La osteotomía de Weil es (...) una técnica adecuada y segura para tratar las metatarsalgias de los radios centrales, pero tiene inconvenientes relacionados con la intolerancia del material de osteosíntesis y con defectos de movilidad metatarsofalángica".

4. Por último, la reclamante alega que no fue informada de la rigidez que podía sufrir tras la intervención y de sus dificultades para apoyar el pie.

Sin embargo, consta en el expediente que presta consentimiento informado en las dos intervenciones. En dicho consentimiento vienen especificadas las posibles complicaciones que puede llevar este tipo de cirugía, entre las cuales se citan recidiva de la deformidad, neuromas de los nervios y limitación de la movilidad de las articulaciones metatarso falángicas (folios 76 y 180 del expediente).

Consta, pues, que -además de entender la explicación sobre la lesión y su tratamiento- asume los riesgos de la limitación de la movilidad y la recidiva de la deformidad.

Por tanto, tal y como reiteradamente ha señalado este Consejo, procede recordar en relación al consentimiento informado, como garantía que se impone a

toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente, la relevancia que su ausencia o insuficiencia tiene en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. 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 26/2011, de 1 de agosto] 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, el art. 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 art. 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 (art. 9.2); (...).”

Por otra parte, de acuerdo con la reiterada y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el consentimiento informado, esta regulación implica además que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación de funcionamiento anormal de la

Administración. Por el contrario, su cumplimiento en debida forma, como resulta en el presente caso, supone que es el paciente quien asume las consecuencias derivadas de las actuaciones sanitarias, siempre y cuando estas hayan sido conformes a la *lex artis ad hoc*. El consentimiento informado constituye así uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar que un acto médico correcto no haya alcanzado todos los objetivos terapéuticos que perseguía. De esta forma, los pacientes, en cuanto asumen los beneficios que se derivan de una intervención quirúrgica, asumen igualmente los riesgos cuya concreción resulte posible a pesar de que el acto médico fuera correctamente practicado. El deber de soportar que no se alcance un éxito terapéutico completo resulta de la asunción voluntaria de ese riesgo, por lo que, de concretarse este, la lesión no revestiría el carácter de antijurídica.

5. En definitiva, cabe concluir que en este caso no concurren los requisitos necesarios para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial consecuencia del hecho lesivo, pues ni hay daño antijurídico, ni relación causal entre el mismo -cuyo origen se encuentra en la evolución de la patología padecida por la reclamante- y la asistencia recibida por parte de la Administración.

El tratamiento fue el correcto en todo el proceso, constandingo que fue adecuadamente informada y que aceptó libremente los riesgos que conllevaba cada una de las intervenciones a las que se sometió.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, es conforme a Derecho.