



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 7 1 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de julio de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 208/2017 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado por (...), en solicitud de una indemnización de 15.000 euros por las lesiones que, según alega, le causó la deficiente intervención quirúrgica que le practicaron el 20 de junio de 2011 los facultativos del Servicio de Traumatología del Hospital General de Fuerteventura (HGF), dependiente del SCS: El objeto de la reclamación se centra en que, «como consecuencia de la mala praxis médica de una operación que le habían dicho era muy sencilla, la realidad es que la dicente ha quedado con total falta de movilidad en el cuarto dedo de la mano derecha, sin que pueda desempeñar cualquier trabajo que suponga un mínimo esfuerzo en dicha mano».

2. La cuantía de la indemnización solicitada determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación al primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución de este procedimiento es la Secretaría General del SCS, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 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.

La resolución final es competencia del Director del SCS, según el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

5. De acuerdo con la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima LPACAP, el presente procedimiento se rige por el 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. Conforme al art. 13.3 RPAPRP el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado; sin embargo esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración, aun vencido dicho plazo, está obligada a resolver expresamente, en virtud del art. 42.1 LRJAP-LPAC, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma.

6. En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones que lo regulan.

Así, consta en el expediente que, tras cumplir la interesada el requerimiento para su subsanación, la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite (art. 6.2 RPAPRP). Se han realizado asimismo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), emitiéndose en particular el preceptivo informe del servicio a cuyo funcionamiento se imputa la causación del

daño (art. 10.1 RPAPRP) y que está representado por el informe del Servicio de Traumatología del HGF.

El 13 de noviembre de 2012, con reiteración del 13 de diciembre de 2012, se requirió a la reclamante mejora y subsanación de su solicitud con acompañamiento de documentación relacionada con el caso, requerimiento cumplido por la interesada el 16 de enero de 2012, y el 18 de enero de 2013 se resolvió la admisión a trámite.

También se solicitó informe, el 22 de enero de 2013, reiterado el 10 de abril de 2014, al Servicio de Inspección y Prestaciones del SCS, para que a la vista de la Historia Clínica de la paciente, del escrito de reclamación y de los informes médicos emitidos, analizara la existencia o no de nexo causal entre la asistencia sanitaria prestada al paciente y las lesiones que se aducen. Este informe fue emitido el 7 de junio de 2016 con acompañamiento de documentación y concluye con la inexistencia de responsabilidad de la Administración sanitaria.

El 14 de junio de 2016 el órgano instructor, requirió a la interesada para que aportara el pliego de preguntas a los testigos que había propuesto el 14 de febrero de 2014. Este requerimiento se le dirigió por correo postal con acuse de recibo al domicilio que había indicado. La carta fue devuelta por remitente desconocido con fecha 21 de junio de 2016. Es reenviada el 28 de agosto y el 29 de septiembre de 2016 con idéntico resultado, habiendo sido la última dirección aportada la que se utilizó para solicitar la prueba testifical. Por esta razón se notificó por edicto publicado en el Boletín Oficial de Canarias de 14 de octubre de 2016, sin que la reclamante lo atendiera. El intento de notificación del acuerdo sobre la prueba en ese domicilio corrió la misma suerte, por lo que también se notificó por edicto publicado en el Boletín Oficial de Canarias de 17 de marzo de 2017, el cual tampoco fue atendido.

Finalizada la instrucción del procedimiento se abrió el preceptivo trámite de vista y audiencia del expediente, lo cual se notificó en el domicilio de la interesada, notificación que también fue devuelta por remitente desconocido, motivo por el cual se notificó por edicto publicado en el Boletín Oficial de Canarias de 17 de marzo de 2017 y en el Boletín Oficial del Estado el 23 de marzo.

Se redactó por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio de la reclamación, que fue sometida a informe de la Asesoría Jurídica Departamental, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de

Canarias (aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero). El 26 de mayo de 2017 se emitió este informe que consideró la propuesta de resolución conforme a Derecho.

En definitiva, no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten un Dictamen de fondo.

II

1. El fundamento fáctico de la pretensión es el siguiente:

La interesada, por presentar un encondroma en la falange media del cuarto dedo de la mano derecha, fue operada el 20 de junio de 2011 por los facultativos del Servicio de Traumatología del HGF. Al día siguiente fue dada de alta, pero el dedo estaba infectado con pus y unos días después estaba peor, comentando al traumatólogo que probablemente había sido el producto que se le había inyectado y que según el parte médico un sustituto óseo llamado, al parecer, AREX BONE, en cantidad excesiva. Acudió al hospital periódicamente para realizar curas. En el mes de agosto el dedo empeoró, por lo que recurrió a los servicios de un médico privado que le recetó un tratamiento. En noviembre de 2011 el dedo sanó, pero quedó torcido y con limitación en la flexión, lo que la imposibilita, dice, para realizar su trabajo normal, que era manejar animales de exhibición.

La interesada no aportó pruebas o informes médicos que acreditaran la realidad de la rigidez articular y la limitación de flexión que alegaba como lesiones. Tampoco aportó pruebas o informes médicos que demostraran que en la operación se le había inyectado en cantidad excesiva el sustituto óseo. Tampoco en el escrito de reclamación ni en el seno del procedimiento propuso prueba dirigida a probar esos extremos de hecho.

2. El informe del Servicio de Traumatología del HGF resume la historia clínica traumatológica de la paciente así:

«Paciente que el día 11/03/2010 sufre fractura patológica de 2ª falange de 4º dedo mano derecha tras hacer un esfuerzo al movilizar un mueble. Fue valorada por Traumatología en Consulta Externa del día 16/03/2010 siendo diagnosticada de fractura patológica sin desplazamiento sobre encondroma, tratándose de forma ortopédica.

En consulta posterior y una vez consolidada la fractura se solicitó Resonancia Magnética informándose como encondroma.

El 09/03/2011 se pone en lista quirúrgica, firmando su consentimiento para relleno con Injerto de encondroma de 2ª falange 4º dedo mano derecha dado el riesgo de futura fractura.

La paciente ingresa el 20/06/2011 y es intervenida el mismo día del ingreso realizándose aporte de sustituto óseo AREX-BONE. Causa alta del 21/06/2011 sin incidencias.

La paciente acude a curas periódicas en consulta externa y su última revisión es el 24/08/2011, a la cual no acude».

Esta última ausencia en esa cita, en contra de lo manifestado por ella en su solicitud.

3. Respecto a la alegación de la paciente respecto a que se incurrió en negligencia profesional en la práctica de la intervención quirúrgica, este informe explica:

«El relleno del condroma con injerto óseo es una técnica habitual en el tratamiento de este tipo de lesiones, ya sea con injerto óseo autólogo o sustituto óseo sintético (Referencias bibliográficas 1-2-3-4). En este caso se relleno de forma percutánea la cavidad con AREX-BONE (sustituto óseo sintético inyectable). Es casi imposible poner más cantidad de la necesaria ya que la tumoración es una cavidad cerrada y también hacemos referencia a que la inyección del producto es bajo control radiológico y el producto inyectado es radio-opaco por lo tanto se puede ver el lugar y la cantidad de producto inyectado.

En la historia clínica no consta que existieran complicaciones no obstante fue tratada de forma profiláctica previa y posterior a la intervención quirúrgica con antibioterapia (cefazolina). También es extremadamente excepcional que tras 24 horas de una Intervención quirúrgica de esta índole comience con secreción del sudado purulento.

No podemos valorar la falta de movilidad ni la deformidad del dedo a que hace referencia ya que según su historia clínica y el registro de citas del servicio de admisión, la paciente acudió para curas y control de traumatología en las fechas siguientes: 23/06/2011; 28/06/2011; 04/07/2011; 07/07/2011; 03/08/2011; 10/08/2011; 12/08/2011; 17/08/2011 y no acudió a revisión el día 24/08/2011 ni en citas posteriores.

Queremos añadir que en el consentimiento informado hace referencia a las complicaciones que entre otras puedan ser infección superficial y profunda y rigidez articular».

4. En la Historia Clínica de la interesada en el HGF no figura que en las revisiones posteriores a la intervención la paciente haya presentado una infección en la herida quirúrgica. En dicha Historia se registra que dejó de acudir a las revisiones el 8 de agosto de 2011.

5. De la Historia de salud en atención primaria de la reclamante resulta que entre el 19 de octubre de 2009, fecha en la que acudió por adolecer de un cólico nefrítico, y el 13 de agosto de 2012, fecha en la que acudió por un cuadro gripal, la

interesada no demandó asistencia sanitaria alguna. De la documentación médica obrante en el expediente no resulta, por tanto, que como secuelas iatrogénicas de la operación le haya quedado rigidez articular y la limitación de flexión en el cuarto dedo de la mano derecha.

6. En la Historia Clínica de la interesada obra el documento de consentimiento informado que suscribió el 9 de abril de 2011, con anterioridad a la operación de osteosíntesis de fractura. En este documento la reclamante declara que ha sido informada de que entre las eventuales complicaciones de esta cirugía figuran la infección superficial y profunda y la rigidez articular.

7. En la Hoja Quirúrgica que recoge la intervención que se le realizó a la reclamante se reseña que el procedimiento consistió en aporte de sustituto óseo Arex Bone; que la operación se realizó con escopia (técnica médica que proporciona al cirujano una imagen radiológica continua en tiempo real de la zona que opera); que como profilaxis de trombo-embolismo se administró heparina de bajo peso molecular; que como profilaxis antibiótica se administró Cefazolina; que no se produjeron incidencias durante la operación.

8. El informe del médico-inspector del Servicio de Inspección y Prestaciones, respecto a la corrección de la intervención quirúrgica, explica que el encondroma es una lesión tumoral benigna cuya causa parece ser la pérdida de osificación normal endondral. Suele localizarse en huesos tubulares como metacarpianos o metatarsianos y falanges de manos o pies. A veces en húmero, fémur y costillas. Su malignización es excepcional. El tratamiento aceptado para las fracturas con encondroma es un relleno con injerto óseo, autólogo o sintético, o con fragmentos corticales. La intervención quirúrgica estaba, pues, correctamente indicada. El relleno de encondroma con injerto óseo bajo control radiológico es lo que debe hacerse en este tipo de lesiones falángicas. La visión radiológica es imprescindible para controlar el lugar al que va destinado el injerto y la cantidad exacta del mismo. Que también fue correcto administrar tratamiento antibiótico con fines profilácticos para evitar la infección. Asimismo se realizaron las revisiones y curas necesarias hasta que la propia paciente dejó de acudir a las citas.

El informe concluye que se diagnosticó correctamente de fractura sobre encondroma; y que fue adecuado el tratamiento dispensado, tanto el conservador en su origen con férula digital, como el quirúrgico.

9. Respecto a las complicaciones posteriores a la operación este informe explica que la infección, superficial o profunda, de la herida quirúrgica es una complicación

de la que advierte el documento de consentimiento informado y que puede presentarse a pesar de que se administre preventivamente protección antibiótica para impedirla. Esto sucede porque en la cicatrización de los tejidos sólo influye la naturaleza y fisiología del propio individuo operado. Los recursos de los que dispone actualmente la Medicina no permiten garantizar la restauración tisular final del paciente en todo caso con independencia de su idiosincrasia. La infección causa una evolución tórpida de la cicatrización de los tejidos, la que a su vez produce las deficiencias de movilidad y de fuerza del miembro afectado. Ambas secuelas iatrogénicas están descritas en el documento de consentimiento informado que suscribió la reclamante.

III

1. En toda pretensión resarcitoria por lesiones personales cuya producción se imputa a negligencia profesional médica el primer requisito imprescindible para su prosperabilidad estriba en que en que se demuestre la realidad de esas lesiones. El segundo requisito fundamental consiste en que se describan y se prueben los actos u omisiones imprudentes y se demuestre cuál era el modelo de actuación al cual no se atuvo el profesional. El tercer requisito esencial radica en que también se pruebe que entre la actuación negligente y las lesiones existe una relación de causa a efecto.

En el presente procedimiento la reclamante alega que presenta rigidez articular y limitación de flexión en el cuarto dedo de la mano derecha como consecuencia de que en la operación se inyectó en cantidad excesiva el sustituto óseo. Pero no ha acreditado la existencia de esas lesiones, ni esa infracción de la *lex artis*, ni por ende que entre ésta y aquéllas exista nexo causal.

La prueba de estos tres extremos de hecho (daño, negligencia del médico del servicio público de salud y nexo causal) incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera 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. Por esta razón el citado art. 6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y

su evaluación económica. Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, (arts. 78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) y 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 aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

La carencia de prueba de la realidad del daño y de la negligencia profesional de los facultativos y, por ende, del nexo causal entre aquél y ésta, determina, por este solo motivo, la imposibilidad de la estimación de la presente pretensión resarcitoria; porque la existencia de relación causal es indispensable para que surja la obligación de indemnizar, según el art. 139.1 LRJAP-PAC; y la carga de su prueba, como se acaba de explicar, incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP en relación este último con el art. 217.2 y 3 LEC.

2. Por lo demás, como se recoge en reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y como obligadamente se repite en los Dictámenes de este Consejo Consultivo sobre reclamaciones de la responsabilidad extracontractual por el funcionamiento del servicio público de la sanidad se ha de considerar, por un lado, que este servicio 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 le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

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 sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados.

Por tanto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados insatisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio

y que, además, sean antijurídicos en el sentido de que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo.

Por ello, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento de los servicios públicos sanitarios los ligados a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

De ahí que el criterio fundamental para establecer si los daños que se alegan han sido causados por la asistencia sanitaria pública y, por ende, son indemnizables estriba en si ésta se ha prestado conforme a la *lex artis ad hoc*, la cual se define como la actuación a la que deben ajustarse los profesionales de la Salud, mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance. Si el daño es producido por una mala praxis profesional, entonces es antijurídico y se considera causado por el funcionamiento del servicio público de salud y en consecuencia surge para éste la obligación de repararlo. Pero si el daño consiste en la materialización de riesgos iatrogénicos imposibles de conjurar por los conocimientos médicos actuales, entonces no se pueden imputar a la asistencia sanitaria que se ha prestado conforme a la *lex artis ad hoc*, siempre que de su existencia se haya informado previamente al paciente. Esto es así porque los arts. 4, 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) exigen que se informe al paciente con carácter previo a toda intervención médica a fin de obtener su consentimiento a ella, consentimiento previo que el paciente ha de prestar por escrito en los supuestos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Si los facultativos no proceden así, ello constituiría una infracción de la *lex artis*; por lo que, si se produce un daño iatrogénico, estarían obligados a responder patrimonialmente por sus consecuencias.

Las lesiones por las que se reclama -y cuya existencia no se ha probado- consisten en la materialización de riesgos iatrogénicos cuya posibilidad de concreción

la paciente aceptó debidamente informada de su existencia. El consentimiento informado (arts. 8 y 10 LAP) constituye uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar los daños derivados de un acto médico correcto. La paciente, en cuanto asumió los beneficios que pudieran derivarse de la operación, asumió también las consecuencias dañosas de la eventual realización de los riesgos que comportaba. El consentimiento informado del paciente hace recaer sobre él la carga de soportar los daños que puedan producirse, bien porque el tratamiento es infructuoso, bien porque, aun alcanzando el resultado perseguido, se producen efectos perjudiciales secundarios. Por esta razón, esas lesiones no tienen el carácter de antijurídicas y, por ende, no son indemnizables según el art. 141.1 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

Carece de fundamento la pretensión resarcitoria, al no demostrarse una relación de causalidad entre el daño por el que se reclama y la actuación del Servicio Canario de la Salud, que ha sido conforme a la *lex artis*, y por ello es conforme a Derecho la propuesta de resolución que se dirige a su desestimación.