



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 9 3 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 22 de junio de 2018.

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. 243/2018 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 responsabilidad patrimonial extracontractual instado contra el Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado por la interesada mediante escrito de reclamación presentado el 15 de septiembre de 2016, siendo admitido a trámite mediante Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud de fecha 16 de mayo de 2017.

2. La interesada cuantifica la indemnización en 198.000 euros. La citada cuantía determina la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, 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, 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), que, en virtud de la Disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es la normativa aplicable porque a la entrada en vigor de esta el presente procedimiento ya estaba iniciado.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y no extemporaneidad de la reclamación, pues no ha transcurrido el plazo prescriptivo de un año para reclamar, puesto que fue dada de alta por Traumatólogo el 31 de julio de 2014, tras la operación de prótesis de rodilla efectuada el 23 de junio de 2014, al existir en el expediente escrito de la interesada de fecha 22 de junio de 2015 a efectos de elaborar una posible futura reclamación.

4. 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, 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 de la reclamación es competencia del Director del citado 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.

5. De conformidad con el 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 en el presente procedimiento se ha superado ampliamente; no obstante ello, esta demora 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.

6. En la tramitación del procedimiento no se aprecia que se haya incurrido en deficiencias formales que impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. La interesada en su escrito de reclamación argumenta que tras su operación de prótesis de rodilla en centro concertado por derivación del SCS, le dejaron la pierna izquierda más larga (2,5 cm) y desde entonces no ha cesado de pedir una solución, que nadie le da.

Tras relatar la atención recibida por el Servicio de Traumatología del centro sanitario donde la operaron (...), y constatarse la disimetría, considera que nadie le

había explicado que en todas las operaciones de rodillas la pierna operada siempre queda más grande.

Considera, por tanto, que se ha producido una negligencia médica, y se queja por todas las secuelas que la operación le ha ocasionado, teniendo que caminar con bastón, padeciendo dolores en caderas, fémur izquierdo y pierna derecha, lo que le imposibilita, además, para su trabajo de vendedora ambulante. Todo ello le ha hecho entrar en un círculo de depresión y piensa que ojalá no se hubiera operado. Afirma finalmente que nunca antes se había quejado a su médico de disimetría.

Al escrito de reclamación la interesada adjunta a efectos probatorios la documental oportuna.

2. Por su parte, el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), en su informe de 16 de noviembre de 2017, expone los hechos relevantes de la siguiente manera:

«(...) La reclamante contaba con antecedentes de hipertensión, dislipemia, obesidad, hipotiroidismo, anemia por gastropatía, síndrome depresivo (313 días en incapacidad temporal para el trabajo 2011/2012), dolor en hombro izquierdo (2011), cervicalgias (391 días de incapacidad temporal para el trabajo) con radiculopatía crónica C5-C7 y discartrosis, síndrome subacromial de hombro derecho (215 días de incapacidad temporal en 2007), calambres en Miembro inferior derecho (2010), dolor en ambas rodillas (2013), entre otros. Asimismo presentaba cuadros de lumbalgias con TAC de mayo de 2011: afectación de espacios intervertebrales desde L2 hasta S 1 [osteofitos, prolapsos discales, (...)] y EMG con radiculopatía lumbosacra bilateral L3-S1 de evolución crónica.

En seguimiento y tratamiento por Reumatología por fibromialgia, con dolores generalizados erráticos permaneciendo 343 días en incapacidad para el trabajo en 2006.

Desde 2013 diagnosticada mediante Resonancia Magnética de ambas rodillas con quistes poplíteos, condropatía rotuliana, alteraciones degenerativas, lesiones sugestivas de desgarros meniscales, etc.

Inicia proceso de Incapacidad temporal para el trabajo el día 21 de marzo de 2013. Permanece en dicha situación hasta la fecha 28 de abril de 2014, cuando por el INSS es declarada en situación de Pensionista por Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual (vendedora ambulante).

Es incluida en lista de espera quirúrgica en marzo de 2014 en el Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria, a fin de proceder a colocar prótesis de rodilla izquierda siendo derivada en virtud de programas de listas de espera a centro concertado. El 16 de mayo de 2014 es citada para valoración en (...) por Traumatología y se practica preoperatorio el 10 de junio. Asimismo, firma Documento de Consentimiento Informado.

Ingresa el día 22 de junio y es intervenida la rodilla izquierda colocando prótesis total de rodilla el 23 de junio de 2014. Evoluciona satisfactoriamente y causa alta hospitalaria el día 29 de junio de 2014.

Se realizan curas de la herida quirúrgica y retirada de puntos en el centro de salud de Vallehermoso, con evolución favorable. En revisión por Traumatólogo de (...) se cursa el alta el 31 de julio de 2014.

El 4 de julio en su lugar de residencia (La Gomera) fue valorada por Rehabilitador, iniciando tratamiento.

Tras radiografía de mensuración de 16.09.14, el 14 de octubre el rehabilitador le coloca un alza de 3 mm en talón derecho. Causa alta para tratamiento rehabilitador el 5 de noviembre de 2014.

Por especialista en Traumatología, el 5 de noviembre de 2014 se indica alza de 5 mm en talón derecho.

La evolución posterior de poliartralgias con dolor en muñeca y mano izquierda (30.10.14), en cadera derecha que se irradia a miembro inferior (29.01.15), dolor en hombros y manos (10.03.15), en hombro izquierdo (07.04.15), en rodilla derecha (15.04.15), lumbalgias, (...) coinciden con las manifestaciones álgicas y el estado previo a la cirugía.

La reclamante, tras haber solicitado revisión de grado de incapacidad, en abril de 2015 por el INSS se resuelve que No procede modificación del grado de ésta ya reconocido en abril de 2014 como Incapacidad permanente Total para su profesión habitual.

Ante la sintomatología presentada el Traumatólogo solicita estudio neurofisiológico EMG que se realiza el 6 de junio de 2015 siendo compatible con radiculopatía lumbosacra L4-S1 bilateral, de evolución crónica, ya conocida desde 2011.

El 17 de agosto de 2015 se practica TAC de columna lumbosacra siendo los hallazgos los mismos que los observados en la exploración TAC de mayo de 2011.

El 22 de junio de 2015 presenta reclamación en la que expone que presenta una disimetría que le produce fuertes dolores en cadera pierna derecha y columna lumbar.

El 6 de octubre de 2015, por parte del rehabilitador, menciona la existencia de disimetría de miembro inferior de 2.1 (???) Se desconoce el fundamento de la medida.

El 23 de octubre de 2015, a instancias de la Administración se efectúa consulta con el Dr G.E., especialista en Traumatología de (...) quien había realizado la intervención quirúrgica en 2014.

A la exploración de la rodilla intervenida (izquierda) consta: "flexoextensión completa, no dolor y un resultado de intervención quirúrgica satisfactorio". En esa misma fecha se realizó en (...) una telemetría o teleradiografía (proyección anteroposterior (AP) en bipedestación de toda la longitud de las extremidades inferiores). En dicha prueba se objetiva

una disimetría inferior a 10.5 mm, siendo 4 mm a expensas de la artrosis ya conocida existente en la rodilla derecha lo que disminuye el espacio articular.

Prosiguen los episodios álgicos: dolor en cadera, dolor lumbar, dolor en rodilla izquierda, dolor en dedos de ambos pies, (...) etc. El 4 de abril de 2016 por especialista en Traumatología del Hospital de La Gomera, Dr. (...), consta tras la valoración de la teleradiografía de 23.10.15 la existencia de "Disimetría de 1 cm, mayor el izquierdo" Aconsejo alza de 1 cm (...)».

3. El SIP tanto en su primer informe como en el segundo aclaratorio concluye con carácter desfavorable la presente reclamación. Concretamente determina que el cuadro clínico por el que la interesada reclama no es atribuible a errores en la indicación o ejecución de la técnica quirúrgica y está condicionado además por la situación previa concomitante de la paciente.

Además confirma, en relación con el procedimiento quirúrgico de artroplastia, que la disimetría es una situación posible, informada y aceptada por la reclamante.

No obstante, el facultativo especialista responsable de la asistencia no atribuye la disimetría a dicha intervención, comoquiera que es quien ha efectuado la cirugía y ha valorado el resultado postoperatorio, y las pruebas de imagen observando correcta colocación de la prótesis.

Por lo que el SIP considera la medida de la disimetría 1 cm una situación tolerable, probablemente previa a la cirugía y en ningún caso atribuible a una mala praxis médica.

4. En cuanto a la continuación del presente procedimiento administrativo, el órgano instructor dictó acuerdo probatorio, incorporando al expediente la documental propuesta por las partes interesadas.

5. En fecha 15 de diciembre de 2017, se concedió el preceptivo trámite de vista y audiencia del expediente, que fue notificado oportunamente, por lo que la reclamante formuló escrito de alegaciones. En consecuencia, la instrucción del procedimiento recabó nuevos informes médicos aclaratorios.

6. Finalmente, en fecha 24 de abril de 2018 se emite la Propuesta de Resolución que desestima la reclamación formulada por la reclamante al no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

III

1. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo (véase, por todos, el reciente Dictamen 167/2018, de 23 de abril), el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento, de acuerdo con el art. 139.1 LRJAP-PAC. La carga de probar este 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 aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

2. En su Sentencia de 11 abril 2014, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expone sintéticamente su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos de salud en los siguientes términos:

«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. Dicho de otro modo, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que “este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad 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” (STS de 23 de septiembre de 2009)».

En el mismo sentido, la Sentencia de esa misma Sala de 19 abril 2011 dice:

«(...) la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración (...)».

3. Con arreglo a la doctrina jurisprudencial que acaba de ser expuesta, este Consejo ha señalado reiteradamente que el criterio fundamental para determinar la existencia o ausencia de responsabilidad del servicio público de salud radica en si sus agentes han actuado con violación o de conformidad con la *lex artis ad hoc*; puesto que su funcionamiento consiste en 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 y que se aplican correctamente de acuerdo con el estado de los conocimientos médicos y las circunstancias personales del paciente. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Por esta razón no están causados por la asistencia sanitaria pública los daños cuya aparición se debe 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 (véase, por ejemplo, el DCC 382/2015).

IV

1. En el presente asunto, la pretensión resarcitoria se formula, resumidamente, de acuerdo con el razonamiento según el cual a la interesada se le practicó una operación para una prótesis de rodilla, donde le dejaron la pierna izquierda más larga con una diferencia de 2,50 centímetros. En consecuencia, reclama debido a la presunta negligencia médica en la asistencia sanitaria que le fue prestada.

2. En cuanto a la patología soportada por la paciente, motivo por el que fue sometida voluntariamente a la intervención quirúrgica, hay que exponer previamente que lo normal en todo ser humano es que exista una diferencia de longitud de las extremidades inferiores entre 0.5 y 1.5 cm. La paciente presentaba una diferencia de 1.05 cm. El tratamiento en adultos de las disimetrías hasta 2 cm. es expectante o con un alza compensatoria en el calzado, si produce síntomas. Entre 2 y 4 cm. se requiere el uso de alza y si la diferencia es de más de 4 cm. se recomiendan procedimientos quirúrgicos.

3. Por otra parte se confirma que la afectada fue debidamente informada del procedimiento quirúrgico al que fue sometida y los riesgos inherentes a la misma asumiéndolos mediante su firma en el Documento del Consentimiento Informado (DCI). Así, en el DCI para implantación de prótesis articular consta la posibilidad de acortamiento/alargamiento de la pierna intervenida, pues tras haber sido explicado el procedimiento para la implantación de prótesis articular por el facultativo pertinente, dentro del apartado de las «consecuencias seguras», indica: «(...) Para implantar la prótesis es necesario extirpar parte del hueso de la articulación y su adaptación puede tener como consecuencia el alargamiento o el acortamiento de la pierna intervenida (...)» (Folio del expediente núm.374).

En materia de consentimiento informado 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, exige que el paciente reciba cumplida información acerca de las opciones clínicas disponibles y de los riesgos que las mismas engendran, ya que el contenido concreto de la información que le es transmitida para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. 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 éste, la lesión no revestiría el carácter de antijurídica.

En este sentido, la jurisprudencia de manera constante ha venido sosteniendo que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye una infracción de la *lex artis* que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, como expresamente reconocen las SSTS de 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo, 4 de octubre de 2011, 30 de abril de 2013 y 26 de mayo de 2015, entre otras.

En el presente asunto, en todo caso, si la operación de prótesis de rodilla hubiera ocasionado algún tipo de disimetría en miembros inferiores, este riesgo era conocido y fue asumido por la interesada con su firma en el DCI, donde, como se ha señalado con anterioridad, el posible alargamiento o acortamiento de los huesos de la pierna intervenida se describe como una consecuencia segura, por lo que esta prueba documental no se compadece con la afirmación de la reclamante de que nadie le había explicado esta consecuencia, constando asimismo en el DCI que la paciente comprendió las explicaciones que le facilitaron y el médico le permitió realizar todas las observaciones y le aclaró todas las dudas y preguntas que le planteó.

4. Además, son coincidentes los informes del Dr. (...) con lo expuesto por el Dr. G.E. tanto en el informe inicial como en la revisión efectuada posteriormente. En revisión de 19 de agosto de 2014 se menciona «(...) impresiona de disimetría de Miembro inferior derecho (...)». Además, se confirmaba en relación con la revisión realizada por el médico de atención primaria tres años antes, en consulta de fecha 23 de febrero de 2011: «posible asimetría de miembros inferiores (...)» (Folios del expediente núms.328, 353, entre otros).

Por tanto, aun cuando la intervención pudiera haber dejado como secuela la disimetría que alega la reclamante, se ha constatado que la paciente ya presentaba asimetría de miembros inferiores desde al menos el año 2011, así como radiculopatía

lumbosacra crónica. Habiéndose aplicado el tratamiento quirúrgico oportuno al tipo de disimetría padecida por la afectada.

A mayor abundamiento, la determinación de Incapacidad Permanente para su profesión habitual como vendedora ambulante es de abril de 2014, por tanto previa a la cirugía de junio de 2014, no habiéndose modificado desde esa fecha. Lo que demuestra que tal incapacidad no es atribuible a la asistencia médica que la afectada recibe con ocasión de la operación de rodilla practicada, tal y como ésta alega en su escrito.

5. En definitiva, del expediente se desprende que se ha respetado la buena práctica médica en la actuación dispensada a la paciente. Igualmente, se ha demostrado la correcta utilización de medios materiales y personales de los servicios sanitarios, que actuaron conforme a la mejor práctica médica, no siendo factible exigir de aquél una acción que supere la mejor praxis sanitaria existente, siendo esta el resultado de aplicar los conocimientos científicos actualizados.

Por el contrario, la interesada no ha probado que los daños por los que reclama hayan sido consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación presentada por (...), se considera conforme a Derecho con arreglo a lo señalado en el Fundamento IV.