



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 22 de enero de 2019.

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. 591/2018 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, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial extracontractual iniciado frente al Servicio Canario de la Salud mediante escrito de reclamación presentado el 1 de junio de 2016, siendo admitido a trámite mediante Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud de fecha 23 de junio de 2016.

2. La interesada cuantifica la indemnización en escrito posterior a la reclamación inicial, en 10.000 euros. La citada cuantía determina la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias. Asimismo el Consejero de Sanidad está legitimado para solicitarlo. Todo ello 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: Sra. de Haro Brito.

3. La interesada, mediante escrito, insta la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada por el Servicio Canario de la Salud (SCS). Concretamente, fundamenta sus pretensiones en que hubo error de diagnóstico por los facultativos que le asistieron en el Servicio de traumatología y Rehabilitación del Cae de San Benito, al habersele diagnosticado inicialmente una capsulitis en el dedo corazón de la mano izquierda, y que, supuestamente, cuando le realizaron otras pruebas posteriores (ecografía y resonancia magnética), se confirmaría que el dedo corazón de la mano izquierda tenía rotura de la bandaleta central del tendón y no una capsulitis como se le había diagnosticado en un principio.

En consecuencia, la afectada señala que debido al tiempo transcurrido los facultativos le informaron que no era posible una intervención quirúrgica. Razón, según la paciente, por la que le ha quedado el dedo afectado con secuelas irreversibles físicas, habiendo soportado por ello daños psicológicos.

La reclamante acompaña a dicho escrito documentación médica a efecto probatorio.

4. En el presente procedimiento la reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo, al alegar daños personales como consecuencia de la actividad sanitaria, 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 a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de 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.

A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos del SCS.

6. Admitida a trámite la reclamación presentada, la instrucción del procedimiento no ha incurrido en irregularidades formales que obsten a la emisión de nuestro dictamen.

7. No obstante, 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.

II

Consta en el expediente la siguiente tramitación procedimental:

- Presentación de la reclamación con fecha 1 de junio de 2016.
- Por Resolución de 23 de junio de 2016, se admite a trámite la reclamación formulada y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica de la interesada.
- El Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) emite informe de 19 de septiembre de 2017 en el que concluye con la inexistencia de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración pública.
- Con fecha 4 de octubre de 2017 se dicta acuerdo por la que se abre el periodo probatorio, notificado a la interesada el 14 de octubre.
- Con fecha 17 de octubre de 2017 la interesada presenta escrito aportando documental.
- Con fecha 31 de octubre de 2017, se notificó a la interesada el acuerdo probatorio adoptado el 23 de octubre del mismo año, admitiendo las pruebas propuestas.
- Con fecha 31 de octubre de 2017 se notifica a la interesada trámite de audiencia. Asimismo, tras recibir el informe complementario del SIP previamente solicitado, que fue notificado debidamente a la afectada, se concede nuevo plazo para que alegue lo que estime conveniente en su defensa. A tales efectos, únicamente consta escrito de alegaciones de 13 de noviembre de 2018, mediante el que la interesada reitera lo expuesto en la reclamación inicial y cuantifica en 10.000 euros la indemnización que solicita.
- Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, modificado por el

Decreto 232/1998, de 18 de diciembre, en este procedimiento no se recaba el informe de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico.

- Finalmente se emite Propuesta de Resolución en fecha 28 de noviembre de 2018.

III

1. La Propuesta de Resolución es de carácter desestimatorio, por considerar la instrucción del procedimiento que no concurren los requisitos requeridos para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

2. La reclamación se centra en los daños, presuntamente, ocasionados a la interesada por error en el diagnóstico recibido consistente en capsulitis en el dedo corazón de la mano izquierda en fecha 10 de septiembre de 2015, ya que posteriormente, el día 9 y 12 de noviembre de 2015, tras la realización de ecografía del tercer dedo de la mano izquierda el diagnóstico indica rotura tendones extensor del tercer dedo, y debido al transcurso del tiempo entre uno y otro diagnóstico le ha causado una pérdida de oportunidad en la curación de su lesión al padecer secuelas irreversibles.

3. De acuerdo con la documentación obrante en el expediente, particularmente, de los informes preceptivos recabados y del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) se desprenden los siguientes hechos:

- El día 10 de septiembre de 2015, la paciente de 51 años de edad sufrió un accidente doméstico -tirón con la correa del perro- que le afectó al tercer dedo de la mano izquierda (dedo corazón). En el Centro de Salud de Tejina, es atendida, valorada y tratada.

- El día 11 de septiembre, la interesada es vista de nuevo en el centro de Tejina por médico de cabecera, se le realizaron pruebas y fue remitida a consulta de traumatología.

- El día 19 de septiembre de 2015, El Médico Traumatólogo del CAE diagnostica: Luxación cerrada de dedo, con dolor y limitación de la movilidad, y la trata mediante técnica de sindactilia de 1º y 2º dedo de la mano izquierda, con férula y vendaje. Es además remitida a Rehabilitación.

- El 9 de noviembre de 2015, se realiza ecografía del tercer dedo de la mano izquierda visualizando aparente pérdida de continuidad en tercio distal del tendón

extensor del tercer dedo, en su componente central y a nivel del extremo distal de falange proximal, con defecto-área heterogénea de aproximadamente 4.5 mm, hallazgos que sugieren rotura a dicho nivel, preservando aparentemente la inserción distal en falange media. Asocia signos de tenosinovitis. Valorar clínicamente y complementar con RM.

- El día 12 de noviembre de 2015, es remitida al Hospital Universitario de Canarias (HUC). En la exploración se constata: dedo flexionado 60°, muy doloroso al intentar extenderlo, hiperextensión, se remite a Unidad del dolor. Solicita RMN, con resultado de normalidad. No obstante, ante la sospecha de rotura del tendón extensor del tercer dedo, se instauró una férula digital por la denominada «Unidad de mano». Colocación de férula en tres puntos.

- El día 17 de diciembre de 2015, en la consulta del Servicio de Traumatología del HUC, se constata la corrección de la deformidad del tercer dedo de la mano izquierda. Así se puede leer en las hojas de Evolución de la Historia clínica del HUC: «Ha estado desde la última consulta con la férula en 3 puntos. La situación actual es una extensión completa de IFP e IFD, sin deformidad en ojal. Remito a rehabilitación para ayudar a conseguir movilidad adecuada. Mantener 2 semanas más 24 horas y 6 semanas + de noche». No hubo más consultas de la paciente, siendo Alta en ese Servicio, según especifican los informes de la doctora que trató a la interesada en el COT y del Jefe de Servicio del Traumatología del HUC.

4. Por los hechos expuestos el SIP considera que no se han vulnerado las prácticas médicas en el curso de la atención otorgada a la paciente, y que, por lo tanto, la actuación dispensada a la paciente ha de ser calificada de correcta.

Según se explicita en el informe de este Servicio, la deformidad del dedo, en traumatismos cerrados, no suele desarrollarse inmediatamente, sino al cabo de dos o tres semanas. Por ello, al principio la lesión impresionó de capsulitis o luxación, ya que aún no había deformidad. La lesión de la paciente fue valorada por el Médico Traumatólogo del CAE de San Benito (19-9-2015) nueve días después de acudir al Centro de Salud (10-9-2015), periodo de tiempo, éste, muy inferior a las dos o tres semanas (14 o 21 días) que se estiman para la aparición de una deformidad. Por ello consideramos, que el diagnóstico y tratamiento se hicieron sin demoras innecesarias.

Asimismo, se debe tener presente que la deformidad de *Boutonniere*, por la que fue diagnosticada la afectada, consiste en la inclinación hacia abajo (flexión) de la articulación media del dedo, por ruptura o desgarro del tendón extensor de la

articulación media, entre la falange media y la epifisis distal de la falange proximal, en traumatismos cerrados. El tratamiento indicado para dicho diagnóstico consiste en la inmovilización -mediante férula- de la articulación media. La férula se instaura por un mínimo de cuatro a ocho o de seis a doce semanas.

Por todo ello, se consideró que la sindactilia pautada por el Servicio de Traumatología del HUC, fue el tratamiento correcto y es que el tratamiento quirúrgico que la interesada manifiesta únicamente estaría indicado -en los traumatismos cerrados-, cuando existiera arrancamientos óseos, que no era el caso al no haberse observado arrancamiento óseo alguno.

El SIP concluye en su informe que no concurriendo los requisitos determinantes de responsabilidad, no existe tal responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

5. Según reiterada jurisprudencia (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) de la que se ha hecho eco este Consejo Consultivo -entre otros, Dictamen 563/2018, de 14 de diciembre- «que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración deben concurrir los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTS -3ª- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso -"en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"-;

B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que:

"El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño (hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que "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 (...)"). Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo."

C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, desde la sentencia de 27 de octubre de 1998 (...) (recurso de apelación núm. 7269/1992), que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la

existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia. El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 18 de octubre de 2001 la define la *lex artis* como "la técnica, el procedimiento o el saber de una profesión). Este es un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico, que toma en consideración tanto las técnicas habituales, la complejidad y las trascendencia vital de la enfermedad, o la patología así como factores exógenos o endógenos propios de la enfermedad.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor. A este efecto, es doctrina jurisprudencial constante la recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1999, la que establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: "falta de servicio que se ignora"); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: "evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida".

b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: "Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado". En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (apelación 1075/1992).

E) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad.

Criterios de distribución de la carga de la prueba. Guarda, también, una evidente importancia la identificación de los criterios de aplicación a estos supuestos de los principios generales de distribución de la carga de la prueba. Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo (...) de Código Civil (LEG 1889, 27), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho ("semper necessitas probandi incumbit illi qui agit") así como los principios consecuentes recogidos en

los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega ("ei incumbit probatio qui dicit non qui negat") y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios ("notoria non egent probatione") y los hechos negativos ("negativa non sunt probanda"). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de setiembre de 1997, 21 de setiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración."

(...)

"El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la *lex artis* y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física. En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la *lex artis*, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la, preparación. y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de

tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la *lex artis* se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *lex artis*. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad. Este límite nos lo proporciona el criterio de la *lex artis*, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico) mientras que en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la *lex artis* se define como *ad hoc*, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece "El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (...) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, «cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cual 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 sanidad o la salud del paciente. Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del

saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (...), que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto"». Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a *lex artis*, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que "la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación".

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (Recurso de Casación nº 89/2008) que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ha de tenerse en cuenta que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

De este modo, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, que declara:

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

6. Pues bien, en el presente caso observamos que por lo que respecta al daño, si bien la Propuesta de Resolución no se detiene en este aspecto, por parte de la interesada no se ha objetivado ni aportado documentación alguna sobre el daño que alega, que califica no sólo de físico sino también de psicológico, además de que, según señala, le ha impedido la realización de trabajo externo y le ha dificultado el desarrollo de las labores domésticas, según reseña en su escrito de alegaciones final.

Por el contrario, del informe del Jefe del Servicio de Traumatología del HUC, así como de la doctora de ese mismo servicio que trató y siguió el proceso, se derivan que se produce corrección de la deformidad, y que no acude a más consultas.

Este Consejo Consultivo, como hemos señalado antes, ha manifestado de forma reiterada y constante acerca de la distribución de la carga de la prueba, que es al interesado a quien corresponde demostrar la veracidad de sus alegaciones en virtud de la normativa general sobre la carga de la prueba (art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), señalándose al respecto por este Consejo que quien afirma la existencia de unos hechos en los que se basa su posición jurídica en un asunto controvertido debe probar fehacientemente su existencia. No basta, por tanto, con alegar la existencia y características de un hecho; es necesario acreditarlo, es decir, que corresponde a la reclamante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la reclamación, y corresponde a la reclamante la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica pretendida por el demandante (Dictámenes 40/2017, de 8 de

febrero, 80/2017, de 15 de marzo, 210/2017, de 4 de julio, 11/2018, de 11 de enero y 100/2018, de 15 de marzo, entre otros muchos).

No ha quedado acreditado, pues, por parte de quién corresponde, la existencia de daño alguno.

7. Por otro lado, conviene reseñar que tampoco concurriría la necesaria relación de causalidad entre el supuesto daño y el actuar de la Administración sanitaria. Así, 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.

8. Coincide con lo manifestado por el SIP el Jefe de Servicio de COT (folio del expediente número 37), al indicar que «se trata de un paciente que según consta en la historia clínica fue atendido en el HUC el día 12/11/15 de urgencia por traumatismo cerrado en septiembre en el tercer dedo de la mano izquierda. La radiografía fue normal. Así mismo fue valorado por la "Unidad de Mano" que le colocó férula digital por sospecha diagnóstica de rotura del tendón extensor del tercer dedo. La última revisión data del día 17/12/15 donde se evidenció corrección de la deformidad. No hay más consultas». Tales razonamientos son confirmados asimismo en la hoja sobre la evolución del paciente, Gerencia de

Atención Primaria de Tenerife y en el informe complementario del SIP, entre otros (folios núms. 130, 179 y 242 y siguientes).

Concretamente el SIP en su informe complementario afirma que podría haber un desgarró en el tendón sin llegar a romperse pero que en su evolución haya podido romperse, siendo lo habitual que con la inmovilización en la zona el tendón cicatrice y la rotura parcial se repare de forma fisiológica, no siendo la técnica habitual ecografía inicial, no habiendo cambiado el tratamiento aplicable al no haberse diagnosticado una rotura completa, de lo que se desprende que ninguna de las actuaciones por parte del Servicio fueron incorrectas.

En el mismo sentido, el informe del Coordinador del Servicio de Urgencias del HUC, de 7 de septiembre de 2018, que descarta cualquier actuar contrario a la *lex artis*.

9. Se trató, en efecto, de la sospecha de una ruptura tendinosa del extensor del tercer dedo de la mano izquierda, en traumatismo cerrado, sin deformidad -cuando fue atendida por primera vez por el Médico Traumatólogo del CAE de San Benito-, sin arrancamiento óseo -no observado este arrancamiento en la ecografía musculotendinosa de fecha 9 de noviembre de 2015-, no existiendo, por las razones ya expuestas indicación de cirugía. Sino que por el contrario el tratamiento conservador dispensado a la paciente consistente en medicación, férula y rehabilitación, se estimó el adecuado tanto en cuanto a la técnica empleada como en el tiempo pautado para el uso de la férula.

Por el contrario, la reclamante no ha probado que la asistencia sanitaria dispensada fuera contraria a la *lex artis*, ni que se produjera quebranto de las reglas inherentes a la misma.

10. Además, a falta de título específico de imputación, tampoco ha quedado acreditada la pérdida de oportunidad en relación con las supuestas secuelas padecidas y la asistencia sanitaria que se le dispensó a la afectada, no existiendo pues la responsabilidad patrimonial que se manifiesta.

11. Por las razones expuestas y en atención a la documentación médica obrante en el expediente, de acuerdo con la Propuesta de Resolución, debemos concluir que no se observa daño antijurídico alguno, puesto que se considera que no ha quedado acreditada ni el daño alegado, ni la vulneración de la *lex artis* durante la asistencia sanitaria, constando, por el contrario, que se dispensó la asistencia médica correcta en cada momento, y fue diagnosticada a la vista de la exploración física y demás

pruebas diagnósticas que se le realizaron a la paciente, habiéndose demostrado adecuado el tratamiento pautado, acorde con el estado físico de la afectada.

CONCLUSIÓN

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho.