



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de marzo de 2020.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera 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. 44/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado mediante oficio firmado el 5 de febrero de 2020 por la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias (Registro de entrada en el Consejo Consultivo el 7 de febrero de 2020), es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS).

2. La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo es preceptiva por razón de la cuantía reclamada, que asciende a 30.000 euros, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. Es aplicable por la fecha de la reclamación (10 de enero de 2019) la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), el cual reclama en su propio nombre, al haber sufrido daños personales, por la presunta actuación negligente del Servicio Canario de la Salud (art. 4 LPACAP).

En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta el Servicio Canario de la Salud, como titular del Servicio Público Sanitario, y el Hospital (...), como centro concertado con el Servicio Canario de la Salud, en la zona Metropolitana de Tenerife.

Como ya expusimos en nuestro Dictamen 294/2015, de 29 de julio, *«el objeto de los conciertos sanitarios es la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a las Administraciones Públicas (art. 90.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, LGS). La Administración fija los requisitos y condiciones mínimas básicas y comunes de los conciertos (art. 90.4 LGS), los cuales establecen las obligaciones y derechos de las partes (art. 90.6 LGS), correspondiendo a la Administración las funciones de inspección sobre los aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública en los centros privados concertados (art. 94.2 LGS). La Administración ostenta poderes de supervisión sobre el centro concertado dirigidos a garantizar que la asistencia sanitaria se preste en las condiciones legales y convenidas, pero la actividad del centro concertado no se publica.*

Los conciertos sanitarios, cuya regulación específica se encuentra en la citada Ley 14/1986, pertenecen al género del contrato administrativo típico denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos que se encontraba ya contemplado en la base décima.1 de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado y en el art. 66 del Texto Articulado que la desarrollaba (aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril); y que actualmente se definen de manera idéntica en el art. 277.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Esta naturaleza del concierto sanitario como un contrato de gestión indirecta de los servicios públicos implica que, para todo aquello que no regule el art. 90 LGS habrá que acudir al citado Texto Refundido. El art. 214 de este texto legal le impone al contratista la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será esta la responsable.

Según el art. 214 TRLCSP, la responsabilidad del contratista ante los particulares es una responsabilidad directa. La Administración no responde por los daños causados por su contratista ni mancomunada, ni solidaria ni subsidiariamente. Cuando la ley quiere que la responsabilidad se reparta entre ambas partes, lo establece única y expresamente para el

contrato de elaboración de proyectos (art. 312.2 TRLCSP). El contratista no está integrado en la organización de la Administración por lo que no se le puede imputar a esta los daños que origine. Véanse al respecto las SSTs de 24 abril 2003, de 20 junio 2006 y de 30 marzo 2009.

Por esta razón, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista y las aseguradoras de una y otro, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces este será el obligado a resarcirlo en virtud del art. 214 TRLCSP. El procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración es el regulado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, cuando el perjudicado reclama a esta el resarcimiento; está legitimada pasivamente la empresa contratista, puesto que tiene la cualidad de interesada según el art. 31.1.b) LRJAP-PAC en relación con el art. 214 TRLCSP. Así lo ha razonado este Consejo Consultivo en varios de sus Dictámenes, entre los que cabe citar el 554/2011, de 18 de octubre de 2011; 93/2013, de 21 de marzo de 2013; y 132/2013, de 18 de abril de 2013. Por esta razón la Administración, conforme al art. 34 LRJAP-PAC, llamó al procedimiento administrativo en su calidad de interesada al centro sanitario privado concertado (...), el cual no se ha personado en el procedimiento».

Un precepto equivalente al derogado art. 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, lo encontramos en el art. 196 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por lo que las consideraciones anteriores siguen siendo de plena aplicación.

2. 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, 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. 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 de este Servicio.

3. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues el alta médica se produjo en febrero de 2018 y la reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone el 8 de enero de 2019. Aun cuando se

considerara prematura el alta, y sin que conste en la documentación remitida que el paciente se encuentre en fecha actual totalmente curado de sus dolencias, no cabe considerar extemporánea por prematura la reclamación, a tenor de las razones expresadas en nuestro DCC 57/2020, de 18 de febrero, en el que se aborda el plazo de prescripción del derecho a reclamar, sobre la base de la distinción entre daños permanentes y continuados, y cuyo contenido acerca de este extremo reproducimos ahora:

«La reclamante, ciertamente, retrotrae su reclamación a la primera intervención quirúrgica del año 2011, pero cabe también entender que la base de la misma se fundamenta en un daño continuado resultante de la mala praxis en las intervenciones quirúrgicas de 2011 y 2012 y por la falta del debido control y seguimiento en la rehabilitación, lo que ha provocado la agravación de su lesión. La última intervención quirúrgica tuvo lugar el 9 de junio de 2017 y la reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone el 8 de junio de 2018.

En cualquier caso, no cabe considerar prescrito el derecho a reclamar.

Si el daño se imputara a la intervención quirúrgica primera, de la que deriva con posterioridad la secuencia de hechos acaecida con posterioridad (2011: hecho primero reclamación) -y, en su caso, también a la que subsiguientemente tuvo lugar a los seis meses (2012: hechos segundo y tercero reclamación)-, se trataría de exigir la responsabilidad de la Administración «por acción» y el hecho motivador de la lesión por la que se reclama sería un «hecho de tracto único».

Si, por el contrario, el hecho lesivo se entiende debido a la falta del adecuado control y seguimiento practicado por los servicios facultativos correspondientes (traumatología y rehabilitación, respectivamente) tras las intervenciones antedichas durante el curso de los años posteriores (hechos cuarto y quinto de reclamación) hasta 2017, en que se produjo una nueva intervención, la tercera (hecho sexto reclamación), entonces, en dicho supuesto, la responsabilidad de la Administración que se pretende hacer valer lo sería “por omisión” y el hecho motivador de la lesión por la que se reclama sería un “hecho de tracto sucesivo”.

Pues bien, en el primer caso (hecho de tracto único), aunque el hecho motivador de la lesión se manifestó de manera instantánea y propiamente desapareció con la realización de las intervenciones mismas a las que se atribuye el daño, estaríamos ante un supuesto de «daños permanentes», en la medida en que no se han estabilizado en la actualidad las consecuencias del hecho lesivo pese a que este pudiera tener su origen años atrás.

Y en el segundo (hecho de tracto sucesivo), se trataría de un “daño continuado”, como la reclamante subraya en su escrito, en el que el hecho lesivo no ha cesado, se manifiesta de forma continuada durante un periodo de tiempo y, en concreto, el evento dañoso se habrá

prolongado en este caso durante los años posteriores a las dos primeras intervenciones. Lo que impediría también tener por prescrito el derecho a reclamar.

En definitiva, se trate de daños permanentes o continuados (cabe incluso que ambos confluyan y que los que se denominan continuados sean a su vez el origen de daños permanentes, en tanto que no se trata de conceptos antitéticos o excluyentes: mientras en estos últimos se pone el foco en las consecuencias del hecho lesivo, en aquellos se hace en la determinación del hecho motivador de la lesión en sí mismo considerado), no han desaparecido las consecuencias derivadas del hecho lesivo al tiempo de ejercitar la acción.

5. Lo que, así las cosas, cabría acaso plantearse en este caso es la extemporaneidad de la reclamación desde la perspectiva justamente opuesta, esto es, por prematura, en la medida en que puede considerarse que el daño permanente ocasionado no ha terminado de consolidarse, ya que las secuelas no se han estabilizado.

Ciertamente, la reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone cuando el proceso recuperatorio ha podido no haber finalizado todavía, lo que impide asegurar que hayan podido estabilizarse del todo sus secuelas, como acredita el hecho de haber sido dada de alta la reclamante en el Servicio de Rehabilitación por mejoría sustancial, el 6 de julio de 2018.

Pues bien, pese a la indicada circunstancia, entendemos que no por ello cumple considerar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial como prematura. Y, por tanto, dicha reclamación ha sido correctamente admitida a trámite.

El particular, en efecto, no está obligado, en una suerte de "condena", a soportar los perjuicios causados por un hecho hasta que no se consuman total y absolutamente sus efectos y a tener que esperar entonces hasta que, por tanto, cese del todo el hecho lesivo.

Como las secuelas no han terminado de estabilizarse cuando se plantea la reclamación, ciertamente, no ha transcurrido el plazo legalmente establecido de un año para el ejercicio del derecho a entablar la acción indemnizatoria (un plazo en todo caso muy inferior al que rige en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas y que por eso no debe interpretarse en modo restrictivo). Es más, cabría incluso considerar que en rigor ni siquiera se ha iniciado propiamente el cómputo de dicho plazo (actio nata). Lo que determina que no podrá comenzar a contarse el plazo anual de prescripción del derecho mientras siga manifestándose.

Pero el plazo legal de prescripción para el ejercicio de su reclamación se establece en garantía de la defensa de su derecho no en su contra. Porque, de otro modo, podría incluso la Administración obtener provecho y, simplemente con no cesar en su actuación lesiva, impedir el nacimiento del derecho a reclamar al alargar la producción del hecho lesivo.

En lo que sí repercute obviamente el planteamiento de una reclamación en estos términos es en la cuantificación del daño. Puede presentarse así una reclamación antes de que cese el evento lesivo, como decimos: sin embargo, aunque susceptible ya de ser evaluado económicamente el daño causado, acaso no lo podrá ser en toda su dimensión, si el particular no espera a la estabilización de los efectos.

Ahora bien, por otro lado, nada impide a éste dejar a salvo su derecho a reclamar por los perjuicios materializados con posterioridad mediante el planteamiento de ulteriores reclamaciones.

Corroborra la anterior conclusión la propia posición sustentada tanto por el Tribunal Supremo como por el Consejo de Estado, que se muestran favorables a admitir la viabilidad de reclamar -en estos casos de daños continuados- incluso antes de que cese el evento dañoso. En su Sentencia de 22 de junio de 1995 (Ar. 4780) el Tribunal Supremo afirma que en el supuesto de daños continuados "(...) el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos (...)". Y añade lo siguiente: "ahora bien, la consecuencia de esa diferencia en la determinación del dies a quo para el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción no puede tener como consecuencia, es evidente, que tal reclamación no pueda efectuarse hasta dicho momento, pues ello conllevaría que el perjudicado debiese soportar estoicamente los daños que de manera continuada se le vienen produciendo sin solicitar su justa compensación al causante de los mismos; nada obsta, por tanto, a que en un momento determinado se reclamen los daños y perjuicios hasta ese instante producidos, mediante la correspondiente evaluación, sin que ello comporte, salvo manifestación expresa en contrario, la renuncia a reclamar los que se originen en lo sucesivo, atendida su producción día a día de manera continuada y como consecuencia de un único hecho que no se agote en un momento concreto» (en sentido idéntico se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1997, Ar. 892"».

En el presente caso, el paciente ha sido intervenido quirúrgicamente en marzo de 2016 y en septiembre de 2017 en una clínica concertada con el Servicio Canario de la Salud [Hospital (...)] y fue dado de alta por el médico que le hizo el seguimiento tras la segunda intervención quirúrgica en marzo de 2018. Posteriormente, se incluye en lista de espera quirúrgica del HUC el 7 de septiembre de 2018 y es remitido una tercera vez al Hospital (...) por recidiva de la fístula anal el 16 de noviembre de 2018, pero en esta última ocasión el Hospital concertado con el SCS lo remite a su centro de referencia (HUC) por tórpida evolución. En definitiva, se trata de un largo proceso derivado de un mismo padecimiento, donde no está del todo claro si el paciente imputa el daño a la mala praxis médica en las intervenciones quirúrgicas padecidas y cuyas secuelas no han alcanzado a estabilizarse (daños permanentes) o a la falta del adecuado control en su seguimiento posterior (daños continuados), o a la

vez a ambas circunstancias. Pero con arreglo a la expresada doctrina, en ninguno de ambos casos ha transcurrido el plazo para reclamar y no cabe imponerle al reclamante la «condena» a esperar mientras prosigan manifestándose las consecuencias del hecho lesivo para poder reclamar, si concurren los requisitos exigibles al daño, y aun cuando ello pudiera incidir sobre su cuantificación.

III

1.- El reclamante en su escrito inicial expone en esencia lo siguiente:

«Desde el año 2016 vengo padeciendo de un proceso patológico por una fístula anal compleja en la que he sido intervenido en dos ocasiones hasta la fecha sin que los resultados obtenidos hayan sido satisfactorios a la fecha de hoy. Estoy igual que en el 2016, sigo drenando pus por la herida.

A la vista de lo que se ha alargado todo este proceso y el perjuicio que se me produce tanto a nivel físico como laboral es que presento esta solicitud de indemnización.

Fui operado tanto en marzo de 2016 como septiembre de 2017 en el Hospital (...) donde en febrero de 2018 me dan el alta sabiendo el médico que seguía drenando pus por la herida.

Acude a su médico de cabecera por este motivo y se solicita RMN. Se remite al (...) para ser operado y le dicen que no es rentable, ni para el médico ni para el centro.

Acude al hospital Universitario de Canarias y le dan cita con especialista. En esta cita, y tras leer el informe de la intervención, le dice que sólo le han operado una de las fistulas.

Por este motivo, entiende que nunca haya dejado de drenar por la herida, además de estar molesto porque el médico, sabiendo todo esto, le dio el alta cuando estaba en proceso de recibir una baja permanente, por lo que en Tribunal médico indica que ya estaba bien y quería trabajar.

Reclama por no haber sido intervenido de forma correcta ni haber sido correctamente dado de alta médica en marzo de 2018, hecho que le ha ocasionado pérdidas. Cuantifica la indemnización reclamada en 30.000 euros».

2. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver que es de seis meses, transcurrido el cual la reclamación se entiende desestimada presuntamente, sin embargo, subsiste la obligación de la Administración de resolver expresamente (art 21 y 91.3 LPACAP).

Constan practicadas en el procedimiento las siguientes actuaciones:

2.1. Por Resolución de 13 de marzo del Secretario General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada, y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica del interesado.

2.2. El Servicio de Inspección y Prestaciones emite informe de 12 de julio de 2019. En su informe, se consignan los siguientes antecedentes de hecho:

«1.- En la reclamación inicial se exponen, entre otros, los siguientes hechos:

2.- El paciente refiere intervención por Absceso perineal en Venezuela en junio de 2015 y desde entonces, supuración perianal. Aportó RMN de diciembre de 2015 que informa de: Fístula perianal compleja. Al paciente se le informó de la posibilidad de varias intervenciones quirúrgicas iterativas con objeto de resolver su dolencia.

3.- Así por la Fístula Perianal Compleja, ha sido intervenido en marzo de 2016 y en septiembre de 2017 en el Hospital (...), en adelante (...).

4.-El 22-03-2016, fue intervenido hallando Fístula perianal transesfinteriana alta que afecta a más del 75% del aparato esfinteriano. Trayecto fistuloso secundario ciego subcutáneo hacia las 6. Ante la amplitud de la enfermedad y afectación esfinteriana se realizó puesta a plano de trayecto secundario hacia las 6 y fistulotomía parcial del trayecto principal y colocación de Setón con Vessel-Loop. Legrado de todos los trayectos. Para este procedimiento quirúrgico, el documento de Consentimiento Informado fue firmado por el paciente en fecha: 08-03- 2016.

5.- En Ecografía Endoanal 6/09/16 se halla Fístula Transesfinteriana Medio-Alta con trayecto secundario y cavidad drenada por Setón. Ante la complejidad de la enfermedad con afectación amplia del esfínter anal se recomienda al paciente mantener el Setón.

6.- El 01-09-2017, el paciente es valorado por el Servicio de Cirugía del HUC quien solicita RMN realizada en fecha: 29-06-2017. Tras la valoración de esa RMN, se recomendó ingreso en lista de espera por fisura y fístula de las regiones: Anal y rectal. Al tiempo, tal como se recoge en la historia clínica: "Informo al paciente y familiar de los hallazgos así como de la necesidad de varias intervenciones para intentar aliviar la patología".

7.- El 21-02-2017, el paciente es valorado en el HUC por fístula perianal recidivada.

Presentaba una fístula tutorizada con Setón apretado parcialmente y con supuración activa.

8.- Desde el (...) se informó al paciente de la posibilidad que tenía de solicitar una segunda opinión en otro centro del SCS. No obstante solicitó ser intervenido en el centro (...) por lo que firmó el Consentimiento Informado en fecha: 01-09-2017, y se solicitó el preoperatorio.

9.- El 21-09-2017, el paciente es reintervenido en el (...) por Fístula Anal Compleja que precisó de drenaje de varias cavidades y fistulotomía. Cinco meses después de la cirugía el paciente resulta Alta en febrero de 2018, con mínimo manchado anal.

10.- El 16-11-2018, es remitido por tercera vez al (...) desde la lista de espera quirúrgica del HUC para intervención de Fístula Anal. Sin embargo, por razón de la evolución tórpida de la fístula, existía riesgo para la continencia anal. Por ello se decide remitir definitivamente al paciente al Servicio de Cirugía General del hospital de referencia, HUC.

11.- El 26-11-2018, el paciente acude nuevamente a la consulta de cirugía. Refiere haber sido operado en el (...). Manifiesta supuración a través de la fístula e incontinencia a gases y heces. A la exploración presenta: Orificio Fistuloso Externo (OFE) sin secreción a la palpación. Contracción del esfínter anal, disminuido.

12.- El 31-07-2016, se realiza RMN en (...) que indica lo siguiente:

- Fino tracto fistuloso extraesfinteriano que desde aproximadamente la posición 7 recorre un trayecto posterior al músculo glúteo mayor derecho de unos 3 cm de largo por 1 de grosor.

- Un segundo trayecto en señal disminuida en todas las secuencias con escaso realce tras la administración de contraste endovenoso, que desde la posición 7 transcurre paralelo y adyacente a la línea media, con un trayecto interesfinteriano.

13.- Cuando acude de nuevo al (...) en noviembre 2018 el paciente aporta RMN que revela trayecto extraesfinteriano con signos de actividad y trayecto fibroso-cicatricial interesfinteriano como signos de actividad persistente-recidivante.

14.- El 01-02-2019, se practica Ecografía Endoanal y se observa una menor definición del esfínter interno en su cara posterolateral derecha entre la posición 5 y la 10 horarias, a correlacionar con la cirugía previa y realización de manometría.

15.- En la Manometría Anorrectal se detecta: Insuficiencia del esfínter anal externo. Se podría intentar mejorar la función anorrectal mediante tratamiento de rehabilitación esfinteriana por técnica de biofeedback anorrectal.

16.- Valorado en consulta externa de Cirugía General el día 11-03-2019, se solicita RMN para valoración anatómica de los esfínteres (posible lesión, dado los hallazgos de la Ecografía y Manometría anorrectal), y se incluye en lista de espera quirúrgica para exploración anal bajo anestesia».

2.3. Con fechas 27 y 28 de noviembre de 2019 se notifican Acuerdo Probatorio y Trámite de Audiencia tanto al (...) como al interesado.

Con fechas 4 y 5 de diciembre de 2019 el interesado aporta documentación mostrando su desacuerdo con el informe del SIP.

2.4. No se evacua informe de la Viceconsejería del Servicio Jurídico, por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico (informe de AJD 234/18 (ERP 169/17)), conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, aprobado mediante Decreto 19/1992, de 7 de febrero.

2.5. La Propuesta de Resolución formulada por la Ilma. Sra. Secretaria General del Servicio Canario de la Salud es de fecha 5 de febrero de 2020.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, sobre la base de que las intervenciones quirúrgicas se realizaron siguiendo una buena práctica médica y que el paciente fue informado de los riesgos a los que se exponía y las complicaciones que podían derivar de la intervención.

2. La jurisprudencia ha precisado (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) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios 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.

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»

3. En el ámbito de la asistencia sanitaria curativa 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 (RC n.º 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».*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, por su parte, 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».*

Así, pues, 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.

3. Trasladas así las precedentes consideraciones al supuesto objeto de este Dictamen, no ha quedado probado en el expediente que las intervenciones quirúrgicas y su seguimiento posterior se hayan apartado de la *«lex artis ad hoc»*. Y es al reclamante, de entrada, a quien corresponde la carga de la prueba de la

antijuridicidad de la actuación médica, el alcance y 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.

Por el contrario, del expediente sí resulta acreditado que la asistencia sanitaria que le fue prestada se ajustó a una correcta praxis médica.

El reclamante aduce que en la primera intervención sólo le operaron una de las fístulas, y que por eso se explica que siguiera drenando sangre y pus.

De los informes del Jefe de Sección de Cirugía General y Digestiva del HUC, del Jefe de Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo del (...), y del SIP, resulta que se trata de un caso de fístula perianal compleja, que ha requerido distintas intervenciones quirúrgicas, al ser la zona afectada muy extensa y derivar la enfermedad desde la primera intervención quirúrgica, de una recidiva de fístula anal ya operada en Venezuela en junio del año 2015.

En la primera intervención en marzo de 2016 ya se conoce la existencia de dos trayectos fistulosos (en la historia clínica del (...) consta fístula perianal compleja, fistulotomía parcial y colocación del setón). No obstante, el Dr. (...) explica que el tratamiento de las fístulas perianales complejas requiere un abordaje en varios estadios para evitar tanto la recidiva como la incontinencia secundaria. El porcentaje de recidiva de las fístulas supra y/o extraesfinterianas (III-IV de la Clasificación de Parks) puede llegar al 80% según literatura científica y el abordaje se basa en drenar posibles colecciones y tutorizar los trayectos fistulosos mediante setón.

Por tanto, la decisión quirúrgica fue la de intervenir un primer trayecto con objeto de prevenir daños mayores como la recidiva y la incontinencia, con colocación de setón.

En su escrito de alegaciones, el reclamante expone también que antes del día 1 de septiembre de 2017 fue sacado de la lista por el HUC, ya que, según el tratamiento propuesto, se ha intervenido indebidamente y que no se han agotado las posibilidades terapéuticas de la técnica aplicada (folio 179). El motivo de eliminarlo de la lista de espera quirúrgica el 21 de febrero de 2017, sin embargo, fue porque, tras la primera intervención que estaba correctamente indicada, no se debía intervenir por segunda vez hasta no haber agotado las posibilidades terapéuticas, esto es, la posibilidad de resolución de la fístula mediante la aplicación del setón, dejando la alternativa quirúrgica como medida alternativa si no se resolvía (folio 102).

El SIP también explica que el principio funcional del setón/sedal cortante es realizar una transección lenta del músculo esfinteriano englobado en el asa del sedal de tal manera que, a medida que se secciona, como resultado de necrosis por presión, una mínima estela de fibrosis residual garantiza una separación controlada del músculo cortado, evitando así la aparición de incontinencia. La sección ha de ser gradual, lenta y no debe apretarse en exceso el setón. Este procedimiento se realiza de forma ambulatoria sin necesidad de anestesia general. Evita el riesgo de lesión esfinteriana y permite la curación de la fístula sin aparición de recidivas ni secuelas.

En este caso, en el HUC se apretó una primera vez, y posteriormente se optó por mantenerlo laxo para tratar de evitar la incontinencia secundaria.

El Dr. (...) expone que, tras la primera cirugía, se procede en consulta al anudado progresivo del setón, apareciendo en la evolución absceso contiguo al drenaje. Por este motivo es remitido al (...) para ser intervenido de nuevo el 21 de septiembre de 2017.

El reclamante manifiesta que fue intervenido en el (...) por decisión del HUC, pero, según recoge la historia clínica, es el propio reclamante quien solicita ser intervenido en (...) (folio 8).

El Dr. (...) continúa explicando en su informe que, en el segundo procedimiento, una vez valorado el descenso en canal anal del setón, se optó por practicar una nueva exploración en quirófano y fistulotomía. El resultado de esta segunda intervención fue bastante satisfactorio con mínima persistencia de manchado anal sin orificios fistulosos a los cinco meses de la cirugía, por lo que fue dado de alta.

No aparece probado en el expediente que el paciente manifestara su desacuerdo con el alta médica acordada por el Dr. (...) en marzo de 2018, ni que en ese momento continuará drenando pus y sangre, ni parece lógico que el paciente se presente al Tribunal Médico para su alta laboral en esas condiciones, sin ninguna observación por su parte.

Tras el alta médica en marzo de 2018, el paciente acude de nuevo a consulta el 26 de noviembre de 2018 por supuración a través de la fístula, además de incontinencia a gases y heces. En ese momento el paciente aporta RMN que revela trayecto extraesfinteriano con signos de actividad y trayecto fibroso-cicatricial interesfinteriano, como signos de recidiva.

El paciente ha tenido una evolución tórpida pero no por ello ha quedado probada la existencia de mala praxis médica. La propuesta de resolución cita oportunamente un caso similar estudiado por el TSJ de Aragón: *«la incontinencia fecal grave que sufre el actor "no puede imputarse, en última instancia, solo a la técnica quirúrgica realizada en el Hospital San J. de Huesca, donde se procedió de forma correcta y adecuada al caso, sino más bien al proceso de formación de un absceso perianal con fístula perianal compleja con trayecto transesfinteriano, tratados quirúrgicamente hasta en cuatro ocasiones a lo largo de más de dos años, con la consiguiente inflamación crónica y desvitalización de los tejidos a dicho nivel durante todo ese tiempo " (...) También hace referencia el perito a que el consentimiento firmado por el paciente contenía claramente la posibilidad de que pudieran presentarse algunos efectos indeseables, entre ellos específicamente incontinencia a gases e incluso a heces (STSJ de Aragón 586/2016 de 30 de diciembre)»*.

Por todo lo expuesto, no resulta acreditada lesión alguna derivada del SCS, ni mala praxis en las intervenciones quirúrgicas, ni en el control postoperatorio posterior. Se trata de una evolución tórpida de una enfermedad que no es imputable al SCS, al no ser la medicina una ciencia exacta, ni estar todas las complicaciones derivadas de las enfermedades bajo el control de los médicos en el estado actual de la ciencia médica.

4. Presupuesto necesario para una adecuada práctica médica es también el consentimiento informado, exigido en los arts. 8 y siguientes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

El reclamante sustenta asimismo su reclamación en que, en la primera intervención, en que sólo le operaron una de las fístulas, no recibió información.

Sobre el consentimiento informado, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos 136/2017, de 31 de julio: *«Debe también recordarse la doctrina sobre el consentimiento informado, y para ello es válida la cita de la STS Sala 3ª, sec. 4ª, S 7 de abril de 2011, rec. 3483/2009 que recuerda que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la lex artis ad hoc, pero que para que la misma sea merecedora de indemnización se precisa que a quien la invoca se le haya producido un daño antijurídico que no esté obligado a soportar. Pero, 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, regula en el artículo 4 lo que denomina el derecho a la información asistencial y expresa en su número 1 que: "los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley" y añade en los números 2 y 3 de ese precepto que: "la información clínica forma parte de todas las*

actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad", y que "el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle". Ese derecho se materializa en lo que se denomina consentimiento informado y del que se ocupa el artículo 8 de la Ley cuando dispone que "1. 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. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: 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"».

En el presente caso, con carácter previo a la primera intervención, figura la firma del documento de consentimiento informado (DCI) con fecha 8 de marzo de 2016 (folios 77 y 78). Tampoco se observa, pues, falta de información ni de consentimiento informado del paciente.

En este DCI, además de la explicación del objetivo quirúrgico y de la descripción del procedimiento, se hacen constar los riesgos a los que se expone al someterse al mismo. Entre ellos, se observa como riesgos poco frecuentes y graves la incontinencia a gases y heces y la reproducción de la fístula.

Ambas cosas sucedieron en el caso de (...). Tal y como manifiesta el Dr. (...), cuando es visto por primera vez el 8 de marzo de 2016, ya le comentó la posibilidad de que fueran necesarias varias intervenciones quirúrgicas para resolver el proceso (folio 33), no teniendo, según consta en el DCI, ninguna opción alternativa para la reparación de la fístula de ano.

El paciente, pues, también fue informado de los riesgos a los que se exponía, y las complicaciones que podían derivar de la intervención.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen se considera ajustada a Derecho.