



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 9 6 / 2 0 2 0

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 25 de noviembre de 2020.

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. 445/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por el Secretario General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario. En concreto, se trata de analizar la reclamación presentada por (...) a raíz de la prestación sanitaria dispensada a ésta en el Hospital (...) de Tenerife.

2. La reclamante solicita una indemnización de 30.000 euros -folio 257-. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art.

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC).

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por 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 Autónoma, en relación con los arts. 10.3 y 16.1 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.

Por su parte, 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, LOSC.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa y pasiva.

4.1. En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe indicar que la reclamante ostenta la condición de interesada al haber sufrido un daño personal por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público].

4.2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el centro sanitario privado en donde fue dispensada la prestación médica al paciente -por cuenta del Servicio Canario de Salud a través de la figura del concierto sanitario-.

Como se ha manifestado en numerosos Dictámenes de este Consejo Consultivo (n.º 31/1997, de 20 de marzo; n.º 554/2011, de 18 de octubre; n.º 93/2013, de 21 de marzo; n.º 154/2016, de 16 de mayo y n.º 48/2017, de 13 de febrero, entre otros), los conciertos sanitarios, cuya regulación específica se encuentra en los arts. 90 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, pertenecen al género del contrato administrativo típico denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos.

Conforme a la legislación de contratación administrativa, si los centros sanitarios privados, al prestar a los usuarios del servicio público de salud asistencia sanitaria en virtud de un concierto, les causan daños, ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración. Por ello, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud -el Servicio Canario de Salud en este caso-, como el centro sanitario privado concertado; porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces está obligado a resarcirlo.

En definitiva, en el presente procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud, junto a éste, está legitimado pasivamente el centro sanitario privado concertado. Estas razones explican que el instructor haya llamado a éste al procedimiento -en su calidad de presunto responsable del daño alegado- y le haya dado vista del expediente y trámite de audiencia.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP). Circunstancia ésta que no es puesta en entredicho por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

6. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

7. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP); la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la citada Ley 11/1994, y 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.

II

1. La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y

perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el centro concertado Hospital (...) de Tenerife.

A este respecto, la perjudicada expone mediante escrito presentado el 30 de noviembre de 2018, en síntesis, que fue intervenida en el Hospital (...) el día 9 de noviembre de 2017, de «*Hallux Valgus*» -juanete- en el pie izquierdo; que, como consecuencia de una mala praxis médica, sufre en la actualidad una serie de dolencias (pérdida de equilibrio, dolor intenso, calambres, hinchazón y cojera, etc.), que afectan significativamente a su calidad de vida; y que no se practicaron las pruebas médicas necesarias para averiguar qué ocurrió durante la intervención quirúrgica desarrollada en el centro sanitario concertado (v. escrito de reclamación inicial -folio 1-; escrito de mejora -folios 43 y 44-; y escrito de alegaciones -folio 257-).

2. Sobre la base de esa mala praxis médica citada anteriormente, la perjudicada plantea una reclamación indemnizatoria cuya cuantía se cifra en 30.000 euros -folio 257-.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante escrito con registro de entrada de 30 de noviembre de 2018, se insta la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a la reclamante en un centro sanitario privado concertado por la Administración Pública.

2. Con fecha 4 de diciembre de 2018 se requiere a la interesada a fin de que mejore la reclamación formulada; cumplimentando dicho trámite mediante escrito presentado el día 28 de ese mismo mes y año.

3. Mediante Resolución de 13 de febrero de 2019, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación presentada por (...), acordando la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y decretando, por el órgano instructor, realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al

expediente; entre ellos, la petición de informe al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable.

Dicha resolución consta debidamente notificada a la reclamante con fecha 18 de febrero de 2019.

4. Con fecha 13 de febrero de 2019, se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud, referido a la asistencia sanitaria prestada a (...) (art. 81.1 LPACAP).

Dicho informe es evacuado el día 27 de mayo de 2019.

5. Con fecha 3 de junio de 2019 se acuerda dar traslado al centro sanitario concertado («Hospital (...)») de la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de 13 de febrero de 2019, por la que se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...). Asimismo, se requiere a dicho centro hospitalario a fin de que, en el plazo legalmente otorgado a tal efecto, aporte los medios probatorios que estime convenientes para la mejor defensa de sus derechos.

Dichas actuaciones constan debidamente notificadas -al centro sanitario- en el expediente administrativo adjunto.

6. El día 9 de julio de 2019, la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dicta acuerdo probatorio, admitiéndose a trámite las pruebas propuestas por los interesados e incorporando -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Asimismo, y con idéntica fecha se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose a los interesados un plazo de diez días para que puedan formular alegaciones y presentar los documentos que estimen procedentes.

Ambos acuerdos constan debidamente notificados a la reclamante y al centro sanitario concertado -folios 237 a 248-.

7. Con fecha 22 de julio de 2019 la interesada presenta nueva documentación relativa a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

8. La interesada presenta escrito de alegaciones ante el Servicio Canario de la Salud el día 24 de julio de 2019, ratificando en todos sus extremos la reclamación inicial presentada e instando la indemnización de daños y perjuicios por un importe total de 30.000 euros.

Por su parte, el centro sanitario privado no formula alegaciones ni propone medio de prueba alguno dentro del plazo conferido a tal efecto.

9. Mediante oficio de 8 de enero de 2020, el órgano instructor da traslado de la nueva documentación presentada por la reclamante al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de Salud, al objeto de que sea emitido el correspondiente informe complementario.

Finalmente, con fecha 26 de febrero de 2020, se emite el citado informe complementario con el contenido que obra en las actuaciones.

10. Con fecha 28 de febrero de 2020 se acuerda dar traslado del informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones a la reclamante, a fin de que, en el plazo legalmente conferido, pudiera manifestar lo que a su derecho conviniese.

Una vez transcurrido el plazo otorgado a la reclamante para formular alegaciones, no consta la presentación de escrito alguno al respecto.

11. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias (según se justifica en el Antecedente de Hecho quinto de la Propuesta de Resolución, no así en el propio expediente administrativo), al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

12. Con fecha 19 de junio de 2020 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...).

13. Mediante oficio de 7 de julio de 2020 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día siguiente), se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias [art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCC].

14. Con fecha 18 de septiembre de 2020 se emite el Dictamen n.º 338/2020 de este Consejo Consultivo de Canarias, por el que se ordena retrotraer las actuaciones a los efectos previstos en su Fundamento IV:

«(...) se constata que no se ha dado traslado al centro sanitario concertado por el Servicio Canario de la Salud (y presunto causante del daño), del acuerdo adoptado por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, de 28 de febrero de 2020, por el que se ponía en conocimiento de la reclamante el contenido del informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones, emitido con fecha 26 de febrero de 2020, a fin de que, en el plazo legalmente conferido, pudiera manifestar lo que a su derecho conviniese.

De esta manera, al haber privado a dicho centro sanitario concertado -en su condición de interesado en el actual procedimiento administrativo [art. 4.1, letra b) LPACAP]-, de la posibilidad de formular alegaciones en defensa de sus derechos e intereses legítimos (en relación con el contenido del precitado informe complementario), resulta procedente retrotraer las actuaciones a los efectos de que se cumpla con dicho trámite preceptivo de audiencia -art. 82 LPACAP- (en idéntico sentido ha resuelto este Consejo Consultivo en su dictamen n.º 66/2020, de 3 de marzo, en relación con un supuesto similar).

Y, una vez garantizada esa audiencia al interesado (centro sanitario concertado), procedería continuar con la oportuna tramitación del procedimiento administrativo a través de los cauces legalmente establecidos; elaborando una nueva propuesta de resolución que se someterá a dictamen de este Consejo Consultivo».

15. Con fecha 29 de septiembre de 2020 se acuerda dar traslado del informe complementario del SIP al centro sanitario concertado "Hospital (...)", al objeto de que pueda instruirse de su contenido y, en su caso, formular las alegaciones que tenga por convenientes en defensa de sus derechos.

Consta practicada la correspondiente notificación el día 6 de octubre de 2020.

16. Una vez transcurrido el plazo legalmente otorgado, no consta la presentación de escrito de alegaciones por parte del centro sanitario concertado.

17. Con fecha 20 de octubre de 2020 se formula, nuevamente, Propuesta de Resolución del Secretario General del Servicio Canario de la Salud por la que se desestima la reclamación formulada por (...), al no concurrir los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

18. Mediante oficio de 21 de octubre de 2020 (con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 23 de ese mismo mes y año), el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en la LCC.

IV

1. Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo (entre otros, en su dictamen n.º 328/2020, de 10 de septiembre), *“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»”.

2. Por otro lado, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada *«Lex artis ad hoc»*.

En este sentido, 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 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, declara lo siguiente: *«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».

Ha de tenerse en cuenta, así, pues, 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.

En este mismo sentido, se ha decantado este Organismo. Cabe traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen n.º 6/2019, de 9 de enero, de este Consejo Consultivo de Canarias, en el que se expresa lo siguiente:

«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 (RJ 2009, 67) (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 más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación

médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la 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 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), 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».*

3. Trasladadas las precedentes consideraciones al supuesto de hecho objeto de este borrador de proyecto de dictamen, se hace preciso señalar lo siguiente.

3.1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada por la interesada, al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; puesto que no se ha demostrado *mala praxis* en la atención sanitaria dispensada a la reclamante. En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

3.2. La reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ve perfectamente recogida, entre otros, en el dictamen n.º 272/2019, de 11 de julio:

«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 Código Civil (...), 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 brocados 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 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre 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).

2. A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, 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. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece 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. 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 y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

Como ha señalado de forma reiterada este Consejo Consultivo «(...) es necesario acreditar la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre el actuar administrativo y los daños que se reclamen, como se hace en los recientes Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero y 80/2017, de 15 de marzo, en los que se afirma que: «Además, como este Consejo ha

manifestado recurrentemente (ver, por todos, los Dictámenes 238/2016, de 25 de julio y 343/2016, de 19 de octubre), sin la prueba de los hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts. 3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts. 6.1, 12.2 y art. 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP). Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello la mera afirmación del reclamante, porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC)».

3.3. Una vez examinado el contenido del expediente administrativo tramitado, y previa valoración conjunta de todo el material probatorio que obra en las presentes actuaciones, se entiende que no resulta acreditado que la prestación sanitaria haya sido inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la «*lex artis ad hoc*». De esta manera, no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo.

3.3.1. En primer lugar, y en lo que se refiere a la intervención quirúrgica practicada a la paciente el día 9 de noviembre de 2017 en el centro sanitario concertado «Hospital (...)» -«operación de hallux valgus izquierdo doloroso»-, se ha de indicar que, una vez examinado el expediente administrativo, no se aprecia la existencia de infracción de la *lex artis ad hoc*.

A este respecto, el informe del SIP de 27 de mayo de 2019 señala lo siguiente (conclusión primera del citado informe):

«El 9 de noviembre de 2017 la paciente es intervenida quirúrgicamente, programada con ingreso, en el Hospital (...). Firma de consentimiento informado el 9 de noviembre de 2017. Intervención de hallux valgus, pie izquierdo, técnica de Mc Bride, procedimiento de escisión en metatarso izquierdo, abordaje abierto, postoperatorio sin complicaciones, alta el día diez de noviembre de 2017» (Antecedente de Hecho segundo). Es decir, “dicha intervención transcurre con normalidad, postoperatorio inmediato normal”».

Por su parte, el informe complementario del SIP -emitido con fecha 26 de febrero de 2020- resulta especialmente esclarecedor al indicar lo que se expone a continuación:

«El diagnóstico efectuado en la RMN, julio de 2019, cuyos resultados presenta la Sra. reclamante en las alegaciones, reflejan cambios degenerativos, o sea artrosis, en la articulación metacarpofalángica del primer dedo, no implica que la cirugía fuera incorrecta.

En la Gammagrafía del 17 de enero de 2019 se refiere retardo en la consolidación ósea en la zona intervenida, que no es razón de una mala intervención sino respuesta del sujeto en la evolución de la consolidación ósea, por tanto, tampoco refleja fallo en la cirugía efectuada.

No se refiere en estas pruebas radiográficas que la corrección del hallux valgus sea incorrecta. Esta afección fue corregida en la cirugía, como así se estudia en la historia clínica y en los informes pertinentes».

Así pues, una vez examinada la actuación médica que se practicó con la paciente, y a la vista de los informes que obran en el expediente administrativo, se entiende que la prestación sanitaria dispensada a (...) es ajustada a las exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc*. Afirmación esta última que no resulta contradicha por instrumento probatorio alguno aportado por la parte reclamante -con los efectos jurídicos desfavorables que de ello se derivan ex art. 217.1 LEC-.

3.3.2. En segundo lugar, la reclamante centra su reclamación patrimonial en los malos resultados de la intervención quirúrgica de «*hallux valgus*» a la que se sometió el día 9 de noviembre de 2017 en el centro sanitario concertado; afirmando que, tras la misma, se ha quedado «*(...) con dolores, inflamación, cojera, pérdida de equilibrio, calambres, hinchazón, dolor de rodilla, que apenas puede caminar y afecta su calidad de vida, además (...) se le ha agravado el cuadro depresivo previamente existente*» -folio 60-.

Pues bien, respecto al «*hallux valgus*» [«*(...) desviación del dedo gordo del pie (primer dedo) hacia el resto de los dedos del pie, por prominencia de la cabeza del primer metatarsiano (hueso que continúa las falanges del dedo) y angulación inadecuada de la articulación, llegando a provocar la superposición del primer y segundo dedo*» -folio 57-], el SIP indica que su corrección quirúrgica «*(...) es la opción definitiva y tiene varias opciones, a elegir en función de la gravedad del diagnóstico. En la actualidad la osteotomía metatarsiana distal en V invertida (Chevron) (sección de la cabeza del metatarsiano) es la más utilizada. Es una cirugía abierta.*

En este caso, el cirujano resecciona la parte superior del primer metatarsiano e incluso en ocasiones la parte inferior del segundo metatarsiano para conseguir devolverle la forma adecuada al pie. Para fijar estos cambios hace uso de unos tornillos quirúrgicos que permitirán que los resultados de la operación sean óptimos. Tras ello se procede a la sutura de la incisión realizada en el lateral del pie. La duración de la operación de hallux valgus varía entre 30 y 120 minutos, dependiendo de la gravedad de la desviación ósea. Al realizar la intervención mediante esta técnica, el postoperatorio será un poco más largo, aunque los resultados al hacer uso de la operación de hallux valgus con osteotomía son muy buenos. La operación de hallux valgus con osteotomía es de carácter ambulatorio y se realiza con anestesia local o locorregional, también general, por lo que el paciente suele abandonar el hospital el mismo día de la cirugía.

Durante la breve estancia postoperatoria en el hospital, el cirujano y el equipo de enfermería le dan al paciente las instrucciones necesarias para llevar a cabo el postoperatorio en casa, como es el cambio del vendaje, así como establecer el día de la visita postoperatoria.

Una vez el paciente es dado de alta en el hospital, existen una serie de recomendaciones a seguir durante el postoperatorio en casa que permitirán que el paciente consiga los mejores resultados tras la operación de hallux valgus.

Ya en casa, el paciente podrá paliar el dolor haciendo uso de analgésicos y antiinflamatoria. Entre ellos encontramos: evitar el apoyo del pie intervenido durante las primeras 2-6 semanas tras la operación, dependiendo de la cantidad de tejido afectado durante la cirugía. Esto dependerá de la gravedad de la deformación que se haya corregido, siendo recomendable iniciar la movilización lo antes posible. Cambiar el vendaje con regularidad, como le han instruido los médicos para así evitar posibles infecciones en la herida quirúrgica. Del mismo modo, es posible que el cirujano le indique la ingesta de antibióticos para ello. Tomar la medicación analgésica y antiinflamatoria recetada por el médico para controlar el dolor. Utilizar un zapato especial para caminar después de la cirugía como le recomendará su médico. Con él podrá caminar, pero no quedarse de pie parado, ya que podría aumentar la inflamación. Tampoco podrá conducir durante el primer mes de postoperatorio al estar utilizando el zapato ortopédico especial. (...)

El tiempo de recuperación tras la operación de hallux valgus para volver a trabajar dependerá directamente de la gravedad de la deformación corregida y sobre todo del tipo de trabajo que se vaya a realizar. Sin duda los resultados de la operación de hallux valgus con osteotomía son excelentes a largo plazo a pesar de que en ocasiones el postoperatorio de los casos más graves puede alargarse varios meses.

Las complicaciones más frecuentes, independientemente del procedimiento empleado, son la corrección incompleta y la repetición del hallux valgus.

Al proceso de reparación del hueso le llamamos también consolidación ósea. El proceso de consolidación finaliza con un remodelamiento adaptativo, que puede durar meses o incluso años. En este proceso de consolidación intervienen diversos factores: el celular, de vascularización, los bioquímicos del organismo (hormonas, vitaminas), factores bioquímicos locales (factores de crecimiento) y factores biofísicos (mecánicos).

Lo que significa retardo es que dicho proceso dura más de lo debido. Hablamos de retardo, no de ausencia de consolidación. El retardo de consolidación es un proceso fisiopatológico en marcha hacia un fin normal, como es el callo óseo».

Dicho lo anterior, el informe del SIP formula las siguientes *conclusiones* -folios 60 y 61-:

«1.- La señora (...) es intervenida quirúrgicamente. Dicha intervención transcurre con normalidad, postoperatorio inmediato normal.

El postoperatorio (...) de la cirugía de hallux valgus o juanete puede alargarse según el caso, pero, puede durar el dolor en la zona intervenida varios meses.

En el caso de la señora (...) se hace un seguimiento posterior exhaustivo por el Servicio de Traumatología y posteriormente por la Unidad del Pie hospitalaria del CHUNSC donde es remitida dado el dolor referido y no encontrar causa objetiva.

Se pensó incluso en un Sdr Complejo que produciría dolor, pero es desmentido por Gammagrafía ósea articular de cuerpo completo realizada el 17 de enero de 2019, donde lo que encuentran es un retardo de la consolidación, o sea por la evolución posterior a la cirugía. No se demuestra causa intrínseca a la cirugía, porque es un proceso multifactorial.

Además, el retardo no significaría la no consolidación posterior, es retardo, lentitud en realizarse tal hecho.

Pues bien, en la Unidad del Pie del CHUNSC en la última valoración efectuada el día 7 de febrero de 2019, se demuestra a la exploración, que no existe inflamación, deformidad, patológica de la cicatriz, existe marcha sin cojera, apoyo en podoscopio completo del pie, Rx con buena corrección del Hallux Valgus (...) (...) todo ello se comprueba en la historia clínica y es detallado en informe solicitado por el Jefe de Servicio de Traumatología Dr (...). Por tanto, objetivamente buena evolución de la cirugía.

Ante el dolor referido por la paciente, se puede explicar cierto grado de dolor por el retardo de consolidación.

El resto de clínica puede ser secundaria a patología lumbosacra que padece la señora, ya ha sufrido lumbalgia y ciatalgias. Además, dicha Gammagrafía demuestra patología degenerativa vertebral, lumbar y sacra.

También presenta una disimetría de miembros inferiores. La disimetría de las extremidades es la discrepancia de longitud de ambos miembros, una de las extremidades es mas corta. Puede ocasionar: alteración de la marcha y molestias al caminar, entre otras.

2.- El consentimiento informado firmado por la paciente el 9 de noviembre de 2017 para la cirugía de hallux valgus en pie izquierdo expone detalladamente qué es el hallux valgus, qué síntomas y problemas produce, así como los procedimientos quirúrgicos.

Entre otros refiere: "la corrección de la deformidad conlleva acortamiento de los dedos intervenidos (...) así como una incapacidad para moverlos adecuadamente, dicha incapacidad suele ser temporal, después de la intervención sufrirá dolor en la zona de la herida debida a la cirugía y al proceso de cicatrización, que puede prolongarse por algunas semanas, meses o hacerse continuas. Dentro de las variadas y posibles complicaciones está la de rigidez de la articulación intervenida, acompañada o no de inflamación importante y descalcificación de los huesos (atrofia ósea)».

4. Así pues, y a la vista de lo expuesto anteriormente, sólo cabe concluir que la prestación sanitaria dispensada a (...) se ha ajustado en todo momento a las exigencias derivadas de la *lex artis*, siendo tratada por distintos servicios médicos (concretamente, el Servicio de Traumatología -seguimiento postoperatorio- y, ulteriormente, por la Unidad del Pie hospitalaria del Complejo Hospitalario Universitario Nuestra Señora de la Candelaria), y habiéndose evacuado cuantas pruebas diagnósticas (resonancia magnética nuclear, gammagrafía, etc.) fueron necesarias en atención a su cuadro clínico (dolor en el pie intervenido), tal y como se deduce del expediente administrativo. Asimismo, el dolor que refiere la paciente se encuentra entre los riesgos conocidos y asumidos por ésta como posibles, con carácter previo a la intervención quirúrgica practicada -a través de la firma del documento de consentimiento informado-.

Por otro lado, los malos resultados aducidos por la parte reclamante -y derivados, supuestamente, de la incorrecta praxis médica- no se corresponden con la realidad que se trasluce de los diversos informes que obran en el expediente.

En efecto, como indica el SIP en su informe de 27 de mayo de 2019, «(...) en la Unidad del Pie del CHUNSC en la última valoración efectuada el día 7 de febrero de 2019, se demuestra a la exploración, que no existe inflamación, deformidad, patológica de la cicatriz, existe marcha sin cojera, apoyo en podoscopio completo del pie, Rx con buena corrección del Hallux Valgus (...) todo ello se comprueba en la historia clínica y es detallado en informe solicitado por el Jefe de Servicio de Traumatología Dr. (...). Por tanto, objetivamente buena evolución de la cirugía» -folio 61-.

Lo que se ratifica en el informe complementario de este mismo órgano administrativo de 26 de febrero de 2020 -folios 260 y 261-: «(...) el 22 de abril de 2019, el Jefe de Servicio de Traumatología expone en su informe que no hay patología en la cicatrización, que no hay deformidad en la zona intervenida, inflamación, etc. (...) que la movilidad del dedo es completa. que camina sin cojera (...) ». «A su vez en el informe de Traumatólogo del CHUC presentado en alegaciones y fechado el 19 de julio d 2019 nos comenta los signos artrósicos hallados en la RMN, refiere que la marcha es normal, que la movilidad en la zona intervenida es casi completa, que el tratamiento efectuado en el CHNSC de órtesis ya se está realizando y cree el especialista es el correcto».

Finalmente, el propio informe elaborado por el traumatólogo que practicó la intervención quirúrgica corrobora lo manifestado anteriormente:

«Paciente (...) con muy buena evolución clínica objetiva, pero que siempre ha referido dolor variable.

En el último control realizado el 07/02/2019 en la Unidad de Pie del H.U.N.S.C. se objetiva:

- Ausencia de patología de la cicatrización quirúrgica.*
- Ausencia de deformidad y/o flogosis o inflamación.*
- Movilidad completa.*
- Marcha sin cojera.*
- Ausencia de edema.*
- Ausencia de disestesias.*
- Apoyo en podoscopio correcto.*
- Radiografía con buena corrección del hallux.*

Se solicitó una gammagrafía con resultado de ausencia de signos de síndrome de dolor regional complejo.

La paciente en esa evaluación del 07/02/2019, 13/12/2018 y 07/11/2018 realizados por miembros de la Unidad de Pie del H.U.N.S.C., como en las consultas previas realizadas por mí, no presentaba ninguna incapacidad funcional, ni cojera, ni inflamación, no presentando tampoco dolor a la movilización de la primera metatarsofalángica del pie izquierdo y teniendo un aspecto estético y radiológico correcto».

A mayor abundamiento, cabe referir que la propia conducta de la reclamante ha coadyuvado -tal y como se infiere de lo informado por el SIP- al retraso en la correcta evolución del postoperatorio. Así, según se manifiesta en el informe del SIP de 27 de mayo de 2019, «en cita sucesiva al Servicio de Traumatología del SCS, el 13

de diciembre de 2017 el Traumatólogo refiere que la paciente se ha quitado dos veces el vendaje por distintos accidentes». Asimismo, «el 26 de noviembre de 2018 se anota en historia clínica de AP.: acude con dolor y molestia en pie operado. No está tomando nada, ha aumentado de peso, cuanto más peso más le duele el pie».

Por último, se ha de recordar, una vez más, 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. Como bien señala la Propuesta de Resolución (con cita de la sentencia n.º 28/2016, de 11 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -recurso n.º 706/2013-), *«es cierto que el resultado alcanzado no fue el esperado, pero ello no supone, por sí mismo, una mala praxis, pues, recuérdese, como se dijo más arriba, que la obligación que tiene la sanidad pública es de medios y no de resultados. Nadie, desgraciadamente, puede aspirar a que en este tipo de operaciones se alcance siempre el éxito, pues, de hecho, se advierte al paciente de la posibilidad de que sucedan consecuencias no queridas, para lo que se le proporciona un consentimiento informado, a fin de que pueda optar por operarse o no, de la misma manera que la actora no quiso someterse a una segunda intervención, lo que es perfectamente admisible y comprensible. Precisamente, porque la actora fue debidamente advertida de las consecuencias que acabaron sucediendo, no puede aceptarse la existencia de un daño desproporcionado -así, v.g., en la STS de 12 noviembre 2012-».*

5. En conclusión, una vez examinado el contenido del expediente remitido, y habida cuenta de que la reclamante no ha aportado ningún elemento probatorio que permita considerar demostrado que la prestación sanitaria haya sido inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc* (arts. 77.1 LPACAP en relación con el art. 217 LEC), es por lo que se entiende que no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria; y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...) se entiende que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen.