



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 4 2 / 2 0 2 0

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 17 de diciembre 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. 511/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado mediante oficio de 24 de noviembre de 2020 (con registro de entrada en este órgano consultivo el día siguiente), tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría 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 Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil (en adelante, CHUIMI).

2. La reclamante solicita una indemnización de 150.000 euros. 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, 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).

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

También son de aplicación las Leyes 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 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.

3. En lo que respecta a la legitimación -activa y pasiva-, procede efectuar las siguientes consideraciones.

3.1. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo la reclamante la condición de interesada al haber sufrido un daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP].

3.2. Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

4. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, 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 la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la citada Ley 11/1994.

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.

6. 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.

7. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme a los arts. 21.2 y 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. 21.1 y 6 LPACAP).

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 este sentido, la perjudicada manifiesta lo siguiente en su escrito inicial de reclamación -folios 1 a 3-:

«PRIMERO.- La exponente fue intervenida quirúrgicamente en fecha 10/05/2017 por el Dr. (...) en el Hospital Universitario Insular Materno Infantil (Servicio de Cirugía Vascular y Angiología) tras haber sido diagnosticada de Varices esenciales de Miembro Inferior izquierdo, mediante la técnica de safenectomía y flebectomía (...).

SEGUNDO.- Que, tras la intervención quirúrgica, y ante la aparición de molestias consistentes en sensación de hormigueos y pesadez en el pie, la exponente acude al servicio de urgencias del Hospital Universitario Insular Materno Infantil en fecha 16/05/17 donde se me retira el vendaje, se me coloca uno nuevo y soy remitida a casa.

En fecha 22/05/17 la exponente acude a revisión programada con consultas externas de cirugía vascular, continuando con las molestias antes descritas y habiendo empeorado la sintomatología de las mismas siendo diagnosticada por dicho facultativo de "Probable neuropatía CPE izquierdo" y solicitando el mismo la realización de un electromiograma del miembro inferior izquierdo de carácter muy preferente y remitiendo a la exponente a rehabilitación también con carácter urgente/preferente.

Finalmente, la exponente es valorada por el servicio de rehabilitación donde presenta la siguiente exploración física:

- Pie equino reductible con flexión dorsal pasiva de 10°*
- BM tibial y extensor hallux 0/5*
- Disestesias en territorio CPE*
- Marcha con arrastre pie.*

En base a ello a la exponente se le pauta férula antiequino dinámica, que es confirmada ante el resultado de la prueba de electromiograma del miembro inferior izquierdo que arroja como resultado Axonotmesis del nervio ciático poplíteo externo tras su división del ciático en hueco poplíteo.

TERCERO.- Que en la actualidad la exponente presenta molestias y dolores en la pierna izquierda, presentando déficit funcional de dicho miembro inferior, con atrofia de dicho miembro, hasta el punto de no poder levantarlo.

CUARTO.- Desde la fecha de la intervención quirúrgica y hasta la actualidad, a pesar de la constante rehabilitación que se me viene practicando, no experimento ninguna clase de mejoría, permaneciendo en situación de incapacidad laboral y habiéndome reconocido una incapacidad permanente total para la profesión habitual por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

De la documental que se acompaña al presente escrito, así como del propio historial médico de la exponente (...) se acredita que la exponente antes de ser intervenida quirúrgicamente por el personal facultativo dependiente de ese servicio se encontraba en plena situación de capacidad laboral, careciendo de antecedentes médicos con relación directa con las lesiones y secuelas que ahora me afectan.

Igualmente, consta acreditado mediante la documental acompañada que tras la intervención quirúrgica que se me practicó, de cuyos riesgos no se me informó debidamente, he quedado aquejada de graves secuelas que me generan un déficit funcional de mi pierna izquierda y consecuentemente una situación de incapacidad permanente total para el desarrollo de mi actividad laboral habitual, así como de gran parte de las actividades propias de la vida diaria; así como secuelas de orden tanto fisiológico como estético y un cuadro depresivo de los que todavía a día de hoy me encuentro en tratamiento.

QUINTO.- En definitiva, a la exponente se le ha causado un grave perjuicio por la actuación negligente de ese Servicio:

1º) Porque en la intervención quirúrgica realizada, en lo que era una simple extirpación de varices, se me causó un grave daño en el nervio ciático poplíteo externo produciéndose una "axonometsis subtotal del mismo a nivel proximal (segmento cabeza peroné hueco poplíteo) en grado severo" (o, lo que es lo mismo, el "seccionamiento" del nervio) y que requirió, entre otros tratamientos que aún a día de hoy continúan siendo necesarios para la exponente, la necesaria colocación de una órtesis antiequino para la prevención de caídas ante la absoluta falta de control sobre la pierna izquierda.

2º) Porque en todo caso no se me informó de las consecuencias o posibles riesgos que pudieran derivarse de la intervención que se me practicó, limitándose a poner a mi disposición para su firma y aceptación de varios impresos de "consentimiento informado" sobre anestesia general y safenectomía externa del MII; pero en momento alguno se me informó ni explicó la intervención que en concreto se me iba a practicar infringiéndose con ello la Ley General de Sanidad».

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, la reclamante insta el resarcimiento - con arreglo al baremo de tráfico- de los daños sufridos con ocasión de la asistencia

sanitaria que le fue dispensada; cuantificando la indemnización en 150.000 euros - folio 40-.

III

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

1.- Mediante escrito con registro de entrada el día 10 de mayo de 2018, (...) 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 prestada en el CHUIMI.

2.- Con fecha 21 de mayo de 2018, se requiere a la interesada al objeto de que mejore su reclamación inicial.

Dicho requerimiento es atendido por la reclamante mediante la presentación de escrito con registro de entrada el día 6 de junio de 2018.

3.- Mediante resolución de 29 de junio de 2018 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica de la interesada. Dicha resolución consta debidamente notificada a la reclamante.

4.- Mediante oficio de 3 de julio de 2018, se insta al Servicio de Inspección y Prestaciones (en adelante, SIP) la emisión de informe en relación con la reclamación extrapatrimonial planteada.

Dicho informe relativo a la asistencia sanitaria prestada a (...) es emitido el día 14 de junio de 2019.

5.- El día 7 de noviembre de 2019, el Secretario General del Servicio Canario de la Salud dicta acuerdo probatorio, admitiéndose a trámite las pruebas propuestas por la interesada e incorporando -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

6.- Con fecha 7 de noviembre de 2019 el órgano instructor solicita al SIP la emisión de informe complementario, que es evacuado con fecha 27 de febrero de 2020.

7.- Con fecha 6 de marzo de 2020 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose a la interesada un plazo de diez días para que pueda formular alegaciones y presentar los documentos que estime procedentes. Dicho acuerdo fue objeto de notificación a la interesada con fecha 11 de junio de 2020.

8.- Una vez transcurrido el plazo legalmente otorgado a la interesada, ésta no formula escrito de alegaciones.

9.- Con fecha 10 de agosto 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 (...), *«(...) al no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración»*.

10.- El día 10 de agosto de 2020 se interesa la emisión del informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias 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.

Dicho informe es evacuado por la Asesoría Jurídica Departamental del Servicio Canario de Salud el día 23 de octubre de 2020.

11.- Con fecha 17 de noviembre de 2020 se emite una nueva Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud -cuyo contenido no difiere sustancialmente de la formulada con fecha 10 de agosto de 2020-, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...).

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, más 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».*

En la misma línea doctrinal se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, al declarar 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 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 que 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 Dictamen, se hace preciso señalar lo siguiente.

La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada por el interesado, 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 relación con ello, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

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 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 27.11.1985, 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 aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

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.

Tal y como señala la Propuesta de Resolución «*la reclamante expone que como consecuencia de la intervención de varices que le fue practicada mediante técnica de safenectomía y flebectomía se le ha lesionado el nervio ciático poplíteo externo tras su división del ciático en hueco poplíteo ocasionándole un déficit funcional del miembro inferior izquierdo*» -párrafo segundo del Fundamento de Derecho quinto-.

Pues bien, frente a los argumentos esgrimidos por la reclamante, se alzan de forma unánime los diversos informes que obran en las actuaciones avalando la adecuación a la *lex artis ad hoc* de la intervención quirúrgica practicada el día 10 de mayo de 2017 en el CHUIMI.

En primer lugar, queda acreditada en el expediente administrativo la necesidad y adecuación de la técnica médica empleada («*safenectomía de vena safena externa más flebectomía escalonada del miembro inferior izquierdo*» -folio 104-). Circunstancia ésta que no es discutida por la paciente. Así, como señala el SIP en su informe de 14 de junio de 2019, «*la paciente fue intervenida quirúrgicamente, en fecha: 10/05/2017, en el Hospital Universitario Insular-Materno Infantil por el Servicio de Cirugía Vasculor y Angiología -luego de diagnóstico de varices esenciales de Miembro Inferior Izquierdo-, mediante técnica de Apendicectomía y Amigdalectomía escalonada del miembro inferior izquierdo*». En este sentido, se indica que «*la Safenectomía externa es la técnica de la extirpación venosa o fleboextracción. Es la cirugía para extirpar venas varicosas de las piernas. Estas venas se extirpan debido a que son voluminosas, hinchadas de sangre venosa, retorcidas y dolorosas que afectan a la estética de las piernas. Habitualmente, las válvulas en las venas mantienen la sangre fluyendo, de manera que no se acumule en un lugar concreto; pero en las venas varicosas, las válvulas están ya sea dañadas o ausentes. Esto provoca que las venas permanezcan llenas de sangre sin fluir, especialmente cuando se está de pie*».

De esta manera, el SIP concluye señalando que «*a tenor de los síntomas y signos detectados en la paciente en el momento de su asistencia, valoración, exploración y pruebas complementarias, en el Servicio de Cirugía Vasculor y Angiología y en consonancia con todo ello, se decide un diagnóstico y se pauta el tratamiento a seguir consistente en cirugía mediante técnica de Safenectomía externa*»; entendiéndose que «*(...) tal decisión fue la acertada, ajustada a la clínica que presentaba la paciente y en función de la sintomatología que refería en el proceso de enfermedad*» -folio 74-.

4. Respecto a la adecuación del proceder médico a las exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc*, es oportuno indicar que el informe pericial aportado por la parte reclamante se limita a poner en duda, sin más y de forma genérica, la actuación de los profesionales sanitarios que practicaron la intervención quirúrgica de varices a (...), pero sin concretar en qué consistió dicha actuación negligente, ni en qué se separó de los parámetros marcados por la *lex artis*. Así, el citado informe pericial

afirma vagamente que «(...) de una intervención de safenectomía-flebectomía no se puede admitir como normal una lesión del nervio ciático poplíteo externo con sus secuelas y mucho más en un hospital de primer nivel como es el Hospital Universitario Insular-Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria. Por ello entiendo que existen problemas de mala praxis por los distintos facultativos que intervinieron en el proceso asistencial que pudo influir en las consecuencias derivadas y justificadas en el presente expediente. (...) entiendo que no se realizan las actuaciones médicas de acuerdo con la *lex artis* (...)» -folios 54 y 55-.

Pues bien, como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo, entre otros, en el Dictamen n.º 126/2017, de 20 de abril:

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

La prueba de estos tres elementos de hecho (daño, negligencia del agente del servicio público y nexo causal) incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP, precepto concordante con la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón el citado art. 6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, (arts. 78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

La carencia de prueba de la realidad del daño y de la negligencia profesional de los facultativos y, por ende, del nexo causal entre aquél y ésta, determina la imposibilidad de la estimación de la pretensión resarcitoria; porque la existencia de relación causal es indispensable para que surja la obligación de indemnizar, según el art. 139.1 LRJAP-PAC; y la carga de su prueba, como se acaba de explicar, incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP en relación este último con el art. 217. 2 y 3 LEC».

A la vista de lo anteriormente expuesto, y aplicando las consideraciones jurídicas precedentes al supuesto analizado, se entiende que procede desestimar la reclamación extrapatrimonial planteada por (...)

5. Respecto a la lesión nerviosa sufrida por la paciente tras la práctica de la cirugía de varices, cabe indicar lo siguiente.

En primer lugar, la posibilidad de producción de lesiones nerviosas tras la precitada intervención quirúrgica no constituye un fenómeno aislado, tal y como se extrae del informe de 22 de noviembre de 2018, elaborado por el Jefe de Servicio de Angiología y Cirugía Vascular del CHUIMI -folio 107-. Así, y con cita de diversa literatura científica, se señala que *«las complicaciones durante y después de la cirugía de las varices son muy bajas, pero existen. Una de ella(s) son las lesiones nerviosas. Una revisión sobre la(s) lesiones nerviosas tras cirugía de las varices (...), señala la frecuencia con que se daña el nervio safeno o ciático-poplíteo después del stripping venoso. Aunque la incidencia es variable, según las series y técnicas empleadas (23-40%) (...), es importante saber que la mayoría de los pacientes permanecen asintomáticos y que aquello(s) sintomáticos habitualmente remiten con el tiempo (...)*».

Es por ello que, como certeramente indica la Propuesta de Resolución, *«esto refuta la afirmación (...)*» de que *«(...) no puede admitirse como normal la lesión nerviosa que se contiene en el informe pericial aportado por la reclamante, información que no se fundamenta ni contrasta científicamente»*.

En segundo lugar, dicho riesgo -lesión nerviosa- derivado de la intervención quirúrgica practicada a la paciente para tratar las varices que padecía, era una circunstancia perfectamente conocida y asumida por ésta como posible, con carácter previo a dicha actuación médica, a través de la firma del correspondiente documento de consentimiento informado.

En este sentido, es importante reseñar lo expuesto por la Propuesta de Resolución en su Fundamento de Derecho quinto -folio 293-:

«(...) consta en el expediente que la reclamante fue informada acerca de la intervención que se le iba a realizar y ello tuvo lugar en dos momentos cuando fue

programada para la intervención en el año 2014 y previamente a la realización de la intervención el 10 de mayo de 2017.

En el presente caso obran en el expediente dos documentos de consentimiento informado, uno, genérico sin fechar que fue entregado a la paciente quien lo firmó tras la primera consulta en el Servicio de Cirugía Vascul ar el 23 de octubre de 2014 cuando se le informa por el especialista a cerca de la intervención y se incorpora a lista de espera (folios 174, 175 y 176 del expediente) y el otro, más completo y con concreción de riesgos ya debidamente firmado y con fecha de 10 de mayo de 2017 (folios 238 a 243)».

En idéntico sentido se pronuncia el SIP. Así en su informe de 14 de junio de 2019, se indica que «la paciente fue intervenida quirúrgicamente, en fecha: 10/05/2017, en el Hospital Universitario Insular-Materno Infantil por el Servicio de Cirugía Vascul ar y Angiología -luego de diagnóstico de varices esenciales de Miembro Inferior I.-, mediante técnica de Apendicectomía y Amigdalectomía escalonada del miembro inferior izquierdo. Previamente a la cirugía se le entregó el documento de Consentimiento Informado». Pues bien, dicho « (...) documento jurídico de Consentimiento Informado (DCI) firmado por la paciente en fecha (...) 10-05-2017, indica las complicaciones generales del procedimiento quirúrgico de (...) Safenectomía Externa, que pueden contener lesiones nerviosas y complicaciones específicas en las que se incluyen las neuropatías de Safeno (El nervio Safeno externo lateral o nervio Sural deriva del nervio Ciático PE y el Safeno interno del nervio Femoral)» -conclusión segunda: folios 72 y 74-.

Conclusiones que se reafirman en el informe complementario emitido por el SIP con fecha 27 de febrero de 2020 -folio 229-:

«Sí, existe consentimiento repetido, no hay duda de la firma de la señora paciente en los mismos.

Creemos que dado el tiempo que pasa hasta que es intervenida de la insuficiencia venosa periférica, que lo es en el año 2017, se firmó previamente un consentimiento informado y posteriormente firma otro cercano a la cirugía (en 2014 es incluida en lista de espera quirúrgica).

El mismo día de la intervención quirúrgica enfermería de quirófano anota previamente a la intervención: "consentimientos informados firmados". A su vez en hoja también firmada por cirujano y la paciente se refleja que ha sido explicada la operación y los riesgos que puede conllevar, y que acepta y firma la paciente intervenida.

No se demuestra mala praxis en la intervención quirúrgica.

Las lesiones nerviosas están contenidas en el CI firmado».

Por todo lo anterior, resulta necesario concluir -en unión con el criterio de la Propuesta de Resolución- que la actuación médica se desarrolló conforme a las exigencias derivadas de la *lex artis*: *«(...) no puede alegarse sin más falta de información cuando consta que se ha ofrecido y se han suscrito los debidos consentimientos informados, que la propia paciente reconoce haber recibido».*

Respecto a la figura del consentimiento informado este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (Dictamen n.º 492/2020, de 25 de noviembre):

«Otro de los presupuestos necesarios para una adecuada práctica médica es 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.

Sobre el consentimiento informado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos 136/2017, de 31 de julio, señala:

*“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 (RCL 2002, 2650), 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”.*

Es obvio, puesto que así expresamente lo afirma la Ley, que el consentimiento «será verbal por regla general», para añadir a continuación aquellos supuestos en los que esa regla cede ante la necesidad de que el consentimiento sea por escrito cuando se trate de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

En este sentido la STS de 1/6/2011 precisó: “Como con reiteración ha declarado esta Sala la información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (SSTS 13 de octubre 2009; 27 de septiembre de 2010)”».

Por su parte, en nuestro Dictamen n.º 494/2020, de 25 de noviembre, se ha indicado lo siguiente:

«(...) integra la lex artis el deber para los servicios sanitarios de prestar a los pacientes información adecuada acerca de su enfermedad, de los tratamientos que pueden ser aplicados y de los posibles riesgos que estos conllevan, tal como dispone la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El correcto entendimiento del deber que esta Ley impone exige que los pacientes reciban cumplida información acerca de las opciones clínicas disponibles y de los riesgos que las mismas engendran, ya que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

Esta regulación legal implica, además, que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la lex artis y revela una manifestación de funcionamiento anormal de la Administración. Por el contrario, su cumplimiento en debida forma supone que es el paciente quien asume las consecuencias derivadas de las actuaciones sanitarias, siempre y cuando estas hayan sido conformes a la lex artis ad hoc. El consentimiento informado constituye así uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar que un acto médico correcto no haya alcanzado todos los objetivos terapéuticos que perseguía. De esta forma, los pacientes, en cuanto asumen los beneficios que se derivan de una intervención quirúrgica, asumen igualmente los riesgos cuya concreción resulte posible a pesar de que el acto médico fuera correctamente practicado. El deber de soportar que no se alcance un éxito terapéutico completo resulta de la asunción voluntaria de ese riesgo, por lo que de concretarse este la lesión no revestiría el carácter de antijurídica».

Pues bien, en el presente caso, de lo actuado en el expediente resulta que la intervención no sólo estuvo correctamente indicada y realizada -en función de la valoración, exploración y pruebas complementarias-, sino que, además, la paciente

recibió la adecuada información al respecto, así como de las posibles complicaciones propias de la intervención, entre las que existía el riesgo de lesión nerviosa (tal y como ya se ha expuesto en las líneas precedentes). Por lo que se entiende que procede desestimar la pretensión indemnizatoria planteada por la reclamante.

Finalmente, y como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en diversos dictámenes (v. Dictamen n.º 126/2017, de 20 de abril, entre otros), *«(...) los posibles daños iatrogénicos de un tratamiento médico o derivados de la plasmación de sus riesgos conocidos no están causados por la asistencia sanitaria correcta. Respecto a ellos los arts. 4, 8 y 10 LAP exigen que se informe al paciente con carácter previo a toda intervención médica a fin de obtener su consentimiento a ella, consentimiento previo que el paciente ha de prestar por escrito en los supuestos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Si los facultativos no proceden así, ello constituiría una infracción de la lex artis; por lo que, si se produce un daño iatrogénico, estarían obligados a responder patrimonialmente por sus consecuencias.*

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

Así pues, *«la lesión del nervio padecida fue la materialización de un riesgo iatrogénico, cuya posibilidad de concreción la reclamante aceptó debidamente informada de su existencia (...); y sin que el estado actual de los conocimientos científicos permita «(...) garantizar al cien por cien que en la práctica de la cirugía de varices mediante las técnicas empleadas no se produzcan los riesgos descritos» en el documento de consentimiento informado rubricado por la paciente. De tal manera, que al amparo del art. 34.1 LRJSP, dichos daños iatrogénicos no resultan indemnizables.*

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.