



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 412/2021

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de septiembre de 2021.

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. 373/2021 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante oficio de 2 de julio de 2021 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 6 de ese mismo mes y año), se solicita dictamen del Consejo Consultivo de Canarias sobre la Propuesta de Resolución emitida en un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados, presuntamente, por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Por tanto, el presente Dictamen 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 citado servicio público.

2. La reclamante solicita una indemnización de 9.872,90 euros « (...) *más daños y perjuicios*». 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: Sr. Belda Quintana.

3. En el análisis a efectuar de la propuesta de resolución formulada, resulta de aplicación, además de la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, 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; 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.

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

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 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.

5. Se cumplen los requisitos de legitimación activa y pasiva.

Así, en lo que se refiere a la legitimación activa, 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 LRJSP].

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.

6. La reclamación se interpone dentro del plazo de un año establecido por el art. 67 LPACAP. Circunstancia ésta que no es puesta en entredicho por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución, pues la reclamación se presentó el 13 de diciembre de 2019, respecto a unos daños que se concretaron con el alta producida tras la intervención quirúrgica realizada en centro privado el 18 de septiembre de 2019.

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 dispensada por el Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Universitario de Canarias (en adelante, HUC).

A este respecto, la perjudicada fundamenta su pretensión indemnizatoria -tal y como se extrae de su escrito de reclamación- en los siguientes antecedentes fácticos:

«El Día 10/06/2015 me realizaron una cirugía ortognática Clase II Bimasilar, ya que tenía una deformidad dento facial clase II de Angle. En la cirugía todo salió bien, pero a partir del tercer mes empecé a tener molestias en lado izquierdo. Siempre que iba a consulta se lo comentaba al doctor, hasta que después del segundo año empecé a tener problemas de apertura en la boca, que me dificultaba mucho a la hora de comer y masticar. En unas de las citas que tuve con el doctor, me mandó a realizar una resonancia magnética y al saber el resultado de estame (sic) puso en lista de espera para realizarme una artroscopia en ambos ladosde (sic) la articulación.

El día 17/09/2018 me hizo dicha operación, en la que quedé peor que antes, abría cada día menos la boca, sabiendo el doctor que mi problema siempre ha sido la articulación izquierda, en el informe médico puso lo siguiente: Lado izquierdo con sangrado intraarticular que dificulta la visualización de la articulación. Ese día, el Dr. No Pudo ver mi problema en ese momento que estaba en el quirófano y me dejó así. Paso la recuperación y la apertura era cada vez más mínima, tanto que no podía comernada (sic), sólo líquido y tenía mucho dolor en la articulación. Seguía asistiendo a la consulta y le manifestaba que cada vez estaba peor, él me decía que todo estaba bien y que hiciera ejercicio porque el problema era ese. que no hacía ejercicio. A los meses vuelvo a ir y continuó diciéndole (sic) lo mismo que no avanza que sigo haciendo mis ejercicios pero que no veo resultado y que no sabía y simás (sic) bien me estaba haciendo daño porque no aguantaba el dolor articular. En esa consulta el Doctor (...), me mando a realizar otra resonancia y una radiografía en la articulación, a los meses volví a consulta con mi mismo problema y al ver los resultados el doctor decide operarme nuevamente para realizarme una cirugía en el lado izquierdo y ver qué problema tenía porque con los exámenes hechos no tenía un diagnóstico cierto de mi problema.

Es día 5/06/2019 el doctor me dio la solicitud de ingreso para ponerme en lista de espera para una tercera operación. Le comenté que (sic) si no podía agilizar mi operación ya que ese momento estaba super mal, por el tema de no comer y que tenía un problema en una muela y no podía asistir al odontólogo por (sic) no poder abrir la boca, el me comentó que no podía hacer nada. Ese mismo día me fui al servicio de atención al usuario y formalicé una

reclamación, explicando nuevamente mi caso y que no podía esperar casi un año y que necesitaba urgentemente la operación, pasaron Tres (sic) meses y no tuve respuesta del hospital.

Al no tener ninguna llamada del hospital y debido a mi desesperación porque realmente estaba muy mal con el dolor de muela, de articulación y de comer todo líquido. Me fui por un médico privado, tuve dos opiniones distintas y los doctores con los mismos resultados de la resonancia que me habían realizado en el hospital y otros exámenes que ellos me hicieron, llegaron a la conclusión de que tenía el disco o menisco roto, osteofito y quistes subcondrales en el cóndilo mandibular y acompañado de una osteoartritis moderada en toda la articulación.

Dada mi urgencia que tenía, decidí operarme con uno de los dos doctores que había asistido y finalmente me operé el 18 de septiembre del 2019, en el Instituto Maxilofacial de Barcelona. Me realizaron una artroplastia Izquierda con discectomía del disco.

(...) el Doctor (...), nunca me indicó que tenía artritis moderada y siempre salía en la resonancia, pero, cuando yo le preguntaba si era cierto, me indicaba que eso siempre lo ponían en los resultados de las resonancias de casi todos los pacientes».

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y entendiendo que concurren los requisitos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la reclamante insta el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada por el Servicio Canario de Salud, cuantificando la indemnización en 9.872,90 euros « (...) más daños y perjuicios» -folio 3-: «solicito una Indemnización por la operación ya que tuve que pedir un préstamo para pagar los gastos ocasionado (sic). Solicito también indemnización por daños y perjuicios, ya que tengo una osteoartritis muy grave en la articulación causada por el daño de las dos operaciones anteriores y al tener tan estropeada la articulación en unos años me indicaron que tendré que ponerme una prótesis articular» -folio 5-.

III

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

- Mediante escrito con registro de entrada de 13 de diciembre de 2019 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 el Hospital Universitario de Canarias.

- Con fecha 19 de diciembre de 2019 se requiere a la interesada a fin de que subsane y/o mejore su reclamación inicial (art. 68 LPACAP).

Consta en el expediente administrativo la notificación del citado requerimiento a la interesada, sin que por parte de esta se haya formulado escrito alguno de subsanación y/o mejora de la reclamación inicial.

- Mediante Resolución de 19 de diciembre, 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 y a la entidad aseguradora con la que el Servicio Canario de la Salud tiene suscrita póliza de seguro para la cobertura de este tipo de eventualidades.

- Con fecha 27 de diciembre de 2019 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud (en adelante, SIP), referido a la asistencia sanitaria prestada a (...) (art. 81.1 LPACAP).

Dicho informe es evacuado el día 8 de septiembre de 2020.

- Con fecha 5 de octubre de 2020 se formula requerimiento a la interesada para que proponga los medios probatorios que estime oportunos en defensa de sus derechos e intereses. Requerimiento que es atendido por la perjudicada mediante la presentación de escrito de 16 de octubre de 2020 por el que se aportan los correspondientes medios de prueba.

- El día 5 de noviembre de 2020 la Secretaría 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.

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

Ambos acuerdos constan debidamente notificados a la reclamante.

- Con fecha 3 de febrero de 2021 el órgano instructor solicita al Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Universitario de Canarias la emisión de informe complementario sobre diversos extremos que se citan en tal petición, a saber: « (...) *acerca de las intervenciones realizadas y la causa de la mala respuesta de la paciente a los tratamientos y acerca de la calificación de "no urgente" de la Lista de Espera*».

Dicho informe es emitido el día 18 de febrero de 2021, remitiéndose *in toto* al informe previo elaborado por dicho Servicio hospitalario con fecha 23 de enero de 2020 -folios 127 y 128-.

Por lo demás, consta en el expediente administrativo la remisión del citado informe complementario a la interesada, otorgándosele un plazo de diez días para formular alegaciones.

- Con fecha 16 de marzo de 2021 la reclamante formula escrito de alegaciones.

- No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias (según se justifica en el Antecedente de Hecho sexto 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.

- Finalmente, 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 (...).

2. 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).

IV

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.

2. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, en relación con la obligación de medios que le corresponde a la Administración sanitaria y el criterio de la *lex artis* como delimitador de los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre, 69/2019, de 28 de febrero, 341/2019, de 3 de octubre y 442/2019, de 28 de noviembre), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con

las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

3. Por otra parte, 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 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)».

Finalmente, y 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)”».

4. 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 considera 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.

Así, la interesada, en su reclamación inicial solicita una indemnización de 9.872,90 €, más daños y perjuicios (folio n.º 3), es decir, solicita el reintegro de lo que tuvo que desembolsar para cubrir la asistencia sanitaria privada, más lo que corresponda por los daños sufridos tras las dos intervenciones del HUC y la demora en la tercera. En otras palabras, *«la interesada reclama por los daños derivados de las intervenciones del Servicio de Cirugía Maxilofacial del CHUC que lejos de solventar su problema lo agravaron y además por la demora en una tercera intervención, lo que le obligó a ser intervenida en Barcelona, en la sanidad privada, dado que su cirujano no consideró urgente su problema»* (Fundamento de Derecho quinto de la propuesta de resolución).

Pues bien, respecto a la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante por el Servicio de Cirugía Maxilofacial del HUC no se aprecia en el expediente la existencia de elementos de juicio que induzcan a considerar la presencia de una vulneración de la *lex artis ad hoc*.

Tal y como se indica en el informe del SIP -folios 59 y ss.-, la paciente *«desde noviembre de 2012 inicia seguimiento a cargo de Servicio de Cirugía Maxilofacial del HUC por presentar deformidad dentofacial clase II de Angle, severa (retrognatia mandibular). Como quiera que ello requiere tratamiento combinado entre el ortodoncista y el cirujano, realiza tratamiento ortodóntico no cubierto por el SNS, con carácter privado (...) y se somete a revisiones periódicas cada 6 meses en el HUC.*

B.- El 11.06.15 se somete a cirugía ortognática en el HUC, para avance mandibular mediante Lefort I bilateral, con evolución satisfactoria. No existen incidencias en la cirugía, como refiere la reclamante: " (...) Todo salió bien (...) ".

C.- Dos años después, en consulta de Cirugía Maxilofacial en la fecha 20.09.17: " (...) Acude por molestias en ATM y región paramandibular izquierda de un mes de evolución. Apertura oral limitada a 25 mm (...) ". Se solicitan pruebas diagnósticas. (Máxima apertura oral (MAO) indolora. Normal: 35-44 mm. Satisfactoria: 30-35 mm)

Se realiza Ortopantomografía (OPG), sin anomalías.

30.11.17: Resonancia Magnética: "En ambas ATM: en la posición de boca cerrada el disco articular presenta localización normal. En la fase de boca abierta se observa escaso desplazamiento anterior del cóndilo, (hipomovilidad cóndilar) permaneciendo los discos articulares bloqueados en la fosa mandibular. El disco izquierdo muestra alteración de señal (alteración estructural?) y en ambos cóndilos mandibulares se observan erosiones corticales, en relación con osteoartritis moderada."

D.- En consulta de 24.01.18: presenta limitación de la apertura oral en 20 mm, sin dolor. Se propone para artroscopia y tratamiento rehabilitador. Firma documento de consentimiento informado para artroscopia bilateral de las ATM.

En dicho documento consta: " (...) La artroscopia de la articulación temporomandibular (ATM), puede ser un método diagnóstico y terapéutico. Con él se visualiza gran parte de las estructuras intra-articulares, y se pueden realizar una serie de técnicas (fijación del disco, retirada de adherencias, infiltración de sustancias terapéuticas), que en un alto número de casos mejoran la sintomatología que se presenta (...)

A pesar de los posibles beneficios de la artroscopia, con mejoría del dolor, aumento de la apertura bucal, desaparición de los chasquidos, etc., no está exenta de complicaciones, entre las que podemos incluir y no en forma exhaustiva las estadísticamente más frecuentes:

- Dolor postoperatorio.*
- Hemorragia intra o postoperatoria, que pueda hacer necesaria una "cirugía abierta", para contenerla.*
- Infección local postoperatoria.*
- Problemas de oído, que incluyen inflamación y/o infección del oído interno, medio o de la membrana del tímpano, resultante en una pérdida parcial o total, transitoria o permanente de la audición o problemas de equilibrio y vértigos.*
- Zumbidos y chasquidos de oído.*
- Cicatrices externas.*
- Hematoma, inflamación o infección de la glándula parótida, o estructuras adyacentes.*
- Falta de movilidad temporal o permanente del nervio facial, sobre todo de la musculatura de la frente.*
- Alteraciones de la sensibilidad de áreas faciales u orales.*
- Empeoramiento de la sintomatología, que requieren repetición de la artroscopia o "cirugía abierta".*
- Adherencias, cambios degenerativos o anquilosis de la articulación.*
- Rotura de instrumentos, que requieren repetición de la artroscopia o "cirugía abierta".*
- Maloclusión dental postoperatoria (...) (...) "*

E.- 10 de febrero 2018 es valorada por médico rehabilitador enseñando ejercicios para realizar en domicilio. Se le facilita TheraBite, aparato empleado como sistema de rehabilitación para restaurar la movilidad mandibular.

F.- En marzo de 2018, en programas de lista de espera, es avisada para tratamiento quirúrgico en centro concertado y la reclamante rechaza la propuesta, demorando por tanto el tratamiento indicado (...).

G.- Tras sucesivas revisiones en consultas externas, el 17.09.18 se somete a intervención quirúrgica mediante artroscopia bilateral, en el HUC.

En la ATM derecha al entrar se observó correcta movilidad del cóndilo y del menisco.

En la ATM izquierda se observó la existencia de sangrado intraarticular, como complicación intraoperatoria descrita, lo que dificultó la visión en el acto quirúrgico y el análisis funcional de la articulación.

En el seguimiento posterior, se observa que persiste la limitación en la apertura oral hasta 30 mm, sin dolor a la exploración.

Se realiza nueva Resonancia Magnética el 22.11.18: " (...) Luxación anterior-rotura de menisco izquierdo con cambios degenerativos en cóndilo mandibular (...) "

(...).

I.- Otras pruebas diagnósticas solicitadas en el HUC:

07.03.19: Resonancia Magnética. En ATM izquierda, se destacan cambios degenerativos, luxación del menisco. La Resonancia Magnética permite visualizar estructuras blandas y los trastornos del disco o menisco articular.

17.05.19: TAC que observa la presencia de signos de osteoartrosis (esclerosis, espícula, (...)) en cóndilo izquierdo. A través de la TAC podemos evaluar las estructuras óseas, pero no así los tejidos blandos. Se utiliza para el diagnóstico de fracturas, anquilosis y tumores, así como valoración de cuadros degenerativos óseos

J.- Conocido el diagnóstico: osteoartrosis y luxación meniscal izquierda es incluida en lista de espera el 5 de junio de 2019 a fin de someterse a cirugía abierta consistente en remodelación condílea y meniscopexia. No se consideró la discectomía ya que la eliminación del disco transforma la articulación en zona de contacto de dos huesos sin amortiguación, distribución de cargas, etc (...).

No responde a la realidad la afirmación que hace la reclamante en cuanto a que no se había obtenido una conclusión diagnóstica.

La reclamante firma documento de conformidad de su inclusión en lista de espera donde consta el diagnóstico y el tratamiento propuesto, conociendo que se trata de una intervención no urgente como así se le indica en el documento suscrito.

(...)

Ingresa con carácter programado y privado en Centro Médico Teknon de Barcelona el 18.09.19 a fin de someterse a intervención quirúrgica artroplastia temporomandibular izquierda. Diagnóstico principal: Degeneración temporomandibular izquierda.

(...).

M.- En noviembre de 2019 es avisada por el HUC a fin de iniciar las pruebas preoperatorias, causando baja en la lista de espera por haber sido intervenida anteriormente con carácter privado».

Por tanto, y a la vista de lo expuesto anteriormente, se ha de concluir que a la paciente se le han practicado toda suerte de pruebas diagnósticas e intervenciones quirúrgicas -de acuerdo con su cuadro clínico, siguiendo el criterio científico-técnico de los profesionales sanitarios y dentro de las posibilidades del sistema público sanitario-, destinadas al tratamiento de su enfermedad, habiendo, no obstante, rechazado la paciente algunos de esos tratamientos -folios 61, 62 y 128-.

Pese a lo anterior, y como recuerda el informe del SIP *«la articulación Temporomandibular (ATM) es una pequeña articulación sujeta a grandes fuerzas, que articula la mandíbula a través de su cóndilo con el cráneo a nivel del hueso temporal. Entre el cóndilo y la fosa temporal, se encuentra un menisco o disco que es la almohadilla fibrosa entre ambos huesos.*

La ATM, como todas las articulaciones, es afectada por enfermedades inflamatorias o degenerativas, traumatismos, malformaciones, infecciones, quistes y tumores. La artrosis u osteoartrosis (OA) es la enfermedad degenerativa más frecuente de las articulaciones del cuerpo humano, incluyendo la ATM.

Está descrito que aproximadamente la mitad de casos de pacientes con disfunciones ATM evolucionarán presentando diferentes grados de alteraciones degenerativas. En las pruebas de imagen los signos de osteoartrosis incluyen en mayor o menor grado: esclerosis, resorción condilar progresiva, erosión/pérdida de la cortical, osteofitos, quistes (...) » -folios 63 y 64-.

En idéntico sentido se pronuncia el informe del Servicio de Cirugía Maxilofacial del HUC -folio 128-, al indicar que *«la patología y problemas articulares en la articulación temporomandibular es un hecho frecuente en la población general, con una incidencia de alrededor del 15% de la población general, 80% de ellos mujeres. Los pacientes con clase II, patología de base de la paciente, presentan hasta un 50% de incidencia en los problemas articulares mandibulares. Con lo cual el intentar relacionar la intervención primera con los problemas articulares meniscales de la paciente son difíciles de justificar. Más bien se le han ofertado todos los mecanismos de la institución sanitaria a la paciente para resolver sus*

problemas articulares. Pero la paciente ha decidido por su cuenta no hacer la lista de espera e ir a operarse a un centro privado a los 3 meses de lista de espera, realizándose un procedimiento que le puede producir más problemas a largo plazo que el propuesto en nuestro centro».

5. Por lo demás, como se ha indicado en el informe del SIP citado, consta en el expediente Documento de Consentimiento Informado (DCI), firmado por la reclamante el 24 de enero de 2018, para la realización de la artroscopia bilateral de la ATM, intervención efectuada el 17 de septiembre de 2018. En dicho DCI consta claramente la posibilidad de empeoramiento de la sintomatología, que requiera repetición de la artroscopia o cirugía abierta.

En este sentido, procede señalar que, efectivamente, 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, consta, que la paciente recibió la adecuada información al respecto, así como de las posibles complicaciones propias de la intervención, entre las que existía la posibilidad de empeoramiento y la necesidad de realizar nueva artroscopia o cirugía abierta.

Por tanto, debe concluirse que, desde el punto de vista de la exigencia del consentimiento informado, ha sido también adecuada a la *lex artis* la atención dispensada a la paciente, por lo que el daño por el que reclama carece de la nota de antijuridicidad requerida para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

6. Finalmente, y respecto a la alegada existencia de error en la clasificación de la prioridad de la paciente, se ha de traer a colación lo dispuesto por la sentencia de 9 de enero de 2012, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 10.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Rec. 910/2010) -Fundamento Jurídico segundo-:

« (...) con carácter general (...) el Sistema de Asistencia Sanitario Público tiene unos recursos limitados que implican la necesidad de existencia de lista de espera, por lo que en principio esta circunstancia no genera responsabilidad patrimonial, siempre y cuando dicha espera deba considerarse razonable y adecuada, para lo cual deberá de atenderse a las circunstancias concretas de cada caso, siendo posible, por tanto, que por vía de responsabilidad patrimonial pueda verse resarcido el particular de un perjuicio padecido si ha existido un retraso injustificado en la asistencia que debía ofrecérsele o que dicha espera no pueda considerarse razonable.

Respecto de éstas de la problemática de las denominadas listas de espera, cuya existencia ha de considerarse inevitable, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de noviembre de 2004, con cita de la STS de 24 de septiembre de 2001, declara que “Ello no obsta para dar la razón a la parte recurrente cuando afirma que los medios de la Administración no pueden ser ilimitados. Nadie pretende tal cosa. Ni respecto de la Administración sanitaria, ni respecto de ninguna otra. El llamado régimen “de cola” es criterio -alumbrado de antiguo- que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitada, y con ello hay que contar (...) No se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga de medios ilimitados -lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles, dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en la cola”. También, la SAN de

31/mayo/2000 señala que *“para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de unos medios materiales y humanos limitados, medios que gestiona y con los que tiene que atender, en función de la organización sanitaria cierto número de beneficiarios. En este contexto la llamada lista de espera es una realidad en sí jurídica y como tal tiene su previsión legal. Así se deduce, por ejemplo, del artículo 16.2 de la Ley 4/86, de 25 de abril, General de Sanidad en relación con el artículo 28.2 del RD 521/87, de 15 de abril, sobre Hospitales gestionados por el INSALUD (...) Desde la juricidad de la lista de espera y al margen del reintegro de gastos, en centros privados, cabe entender que serán daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Por contra el daño que se sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada».*

En el supuesto analizado no consta acreditada la existencia de ese *«error en la clasificación de la prioridad del enfermo»* a que se refiere la jurisprudencia [art. 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)]. En este sentido, se ha de traer a colación no sólo lo argumentado por el propio Servicio de Cirugía Maxilofacial -folio 200-, sino, también lo afirmado por el SIP en su informe -folios 63-66:

«No responde a la realidad la afirmación que hace la reclamante en cuanto a que no había obtenido una conclusión diagnóstica.

La reclamante firma documento de conformidad de su inclusión en lista de espera, donde consta el diagnóstico y el tratamiento propuesto, conociendo que se trata de una intervención no urgente, como así se le indica en el documento suscrito.

No obstante, el mismo día formula reclamación en el Servicio de Atención al usuario, solicitando una rápida fecha de intervención y refiriendo que “ (...) no puede esperar un año para una tercera operación (...) “. Nadie le indicó esa posibilidad».

Por lo demás, *«no consta ni atención en servicios de urgencia, ni consultas en atención primaria, ni procesos de incapacidad temporal a excepción del 17.09.18 (sic, debe referirse al 17.09.19) cuando se desplaza a Barcelona, ni agravamiento de su afección degenerativa desde la inclusión en lista de espera en junio de 2018».*

7. En definitiva, 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* (art. 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 considera que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV.