



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 3 / 2 0 2 1

(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. 374/2021 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 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. La solicitud de dictamen, de 2 de julio de 2021, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el día 6 de julio de 2021.

2. Si bien la interesada no ha cuantificado la indemnización que solicita, ni en el escrito de reclamación, ni a lo largo de la tramitación del procedimiento, sin embargo, la Administración ha solicitado el presente dictamen, por lo que se ha de presumir que considera que el importe de la indemnización supera los seis mil euros, tal y como hemos interpretado en anteriores ocasiones (*v.g.* Dictamen 238/2020). Esta cuantía determina que la solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Administraciones Públicas (LPACAP). Está legitimado para solicitarlo el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

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. 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 Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

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

6. Se cumple el requisito de legitimación activa de la interesada, pues los daños sufridos por el presunto funcionamiento del servicio público sanitario se entienden irrogados en su persona [art. 4.1.a) LPACAP].

7. 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.

8. Se cumple el requisito de no extemporaneidad, ya que la acción se ha ejercitado por la interesada en el plazo de un año legalmente previsto en el art. 67 LPACAP, pues la reclamación se presentó el 12 de febrero de 2019 respecto de un daño que quedó determinado tras recibir el alta médica del proceso asistencial la interesada el 9 de octubre de 2018.

II

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 (SCS), con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

Concretamente, alega en su escrito de reclamación lo siguiente:

« (...) me operaron de una prótesis de rodilla por segunda vez, y por estar las listas de espera tan atrasadas, no había manera de que me llamaran para la operación, al final no aguantando más los dolores que me producía la rodilla y el líquido que me supuraba de ella tuve que llamar una ambulancia y exigir que se me ingresara, a los 7 días me realizarán la operación, el médico que me operó me dijo que harían lo que pudieran pues la rodilla estaba en muy mal estado, (cosa que yo ya sabía porque me habían derivado a (...) y a la clínica del (...) en Las Palmas y en ninguno de los dos centros hospitalarios quisieron hacerse responsable de operarme porque no querían cargar con las consecuencias de lo que en realidad paso). Les diré que vivo en un tercer piso sin ascensor, y a causa de esta diligencia no puedo salir a la calle sin ayuda, vivo casi recluida en mi casa ya que no puedo doblar la rodilla, vivo con una férula que a cada rato se me cae porque el pegue se va desgastando y hasta el año no me dan otra».

III

Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 1 de marzo de 2019 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a que subsane su reclamación. Tras dos intentos infructuosos de notificación por correo postal, se informa por la oficina de correos que, dejado aviso en el buzón, la interesada no acudió a retirarlo. Así se notifica a la reclamante por medio de Anuncio publicado en el BOC n.º 75, de 17 de abril de 2019 y en el BOE n.º 98, de 24 de abril de 2019, sin que fuera atendido por la reclamante.

- Tras emitirse, el 5 de agosto de 2019, Propuesta de Resolución del Secretario del Servicio Canario de la Salud, de declaración de desistimiento de la reclamación de la interesada, ex art. 68 LPACAP, el Director del Servicio Canario de la Salud emite Resolución n.º 1913/2019, de 6 de agosto, por la que se declara el desistimiento de la interesada, de lo que ésta recibe notificación el 22 de agosto de 2019.

- El 2 de septiembre de 2019 la interesada, presenta nuevo escrito de reclamación, al que adjunta prueba documental consistente en la incorporación de

informes clínicos, resolución de grado de discapacidad y solicitud de ayudas sobre gastos médicos (para colocación de salva escaleras en su vivienda) realizadas a otros organismos.

- Mediante Resolución n.º 387/2019, de 10 de septiembre, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación presentada.

- En aquella misma fecha se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), que lo emite el 11 de febrero de 2020, tras haber recabado la documentación oportuna (además de la información facilitada por la reclamante, copia de la Historia Clínica de la reclamante obrante en el Hospital Dr. José Molina Orosa, informe emitido el 27 de noviembre de 2019 por el Dr. (...), Jefe de Servicio de Traumatología del referido Hospital, y copia de la historia de salud de la reclamante de Atención primaria).

- A efectos de dictar acuerdo probatorio, el 19 de junio de 2020 se insta a la interesada a que proponga los medios probatorios que a su derecho convenga, de lo que recibe notificación el 3 de julio de 2020, viniendo a aportar escrito el 13 de julio de 2020 al que adjunta diversa documentación.

- El 28 de agosto de 2020 se dicta acuerdo probatorio en el que se declara la pertinencia de las pruebas propuestas por la interesada y se incorpora la documentación clínica e informes recabados durante la instrucción y el informe del SIP, declarándose concluso este trámite por obrar todas las pruebas documentadas en el expediente. De ello recibe notificación la reclamante el 8 de septiembre de 2020.

- El 28 de agosto de 2020 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia, de lo que recibe notificación la reclamante el 8 de septiembre de 2020. Con fecha 19 de septiembre de 2020 presenta escrito de alegaciones.

- El 17 de febrero de 2021 se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de la interesada y en igual sentido consta Borrador de Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud. El 30 de junio de 2021 se emite informe favorable del Servicio Jurídico, si bien con la introducción de algunas aclaraciones, lo que será incorporado a la Propuesta de Resolución de 30 de junio de 2021 que es sometida a dictamen de este Consejo.

IV

1. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de la reclamante con fundamento en los informes recabados en la tramitación del procedimiento, en especial, el del SIP.

2. Antes de entrar en el fondo del asunto es conveniente señalar los antecedentes que, según el citado informe, constan en la historia clínica de la interesada, en relación con la asistencia que nos ocupa. En aquél se hace constar:

«1. Paciente mujer con antecedentes personales de asma con múltiples ingresos por reagudización, artrosis generalizada, varices, DM insulino dependiente, amigdalectomía, cesárea, exéresis de carcinoma basocelular facial, DLP, obesidad grado III (mórbida, IMC 45,2 en 2015), carcinoma ductal infiltrante G3 mama izquierda tratado mediante tumorectomía más BSGC y quimiorradioterapia continuando después con tratamiento hormonal (tamoxifeno) hasta la actualidad.

2. En 2004, Artroscopia de rodilla izquierda con cambios degenerativos con seguimiento ulterior en consultas externas del Servicio de Traumatología.

3. En 2010, se realiza Artroplastia total de rodilla derecha.

4. En noviembre 2012 ingreso en el Servicio de Neumología por reagudización asmática.

5. En diciembre 2012 se realiza artroplastia total de rodilla izquierda. Presentó reagudización de su broncopatía crónica de base que requirió tratamiento. Tras el ingreso continuó con rehabilitación con mejoría sintomática y movilidad activa con extensión completa y flexión de 90°.

6. En mayo 2015 tumorectomía más BSGC (biopsia selectiva ganglio centinela) mama izquierda por CDI (carcinoma ductal infiltrante). Recibió de forma adyuvante quimiorradioterapia, concluyendo el tratamiento oncológico en octubre 2016. Continúa con hormonoterapia con tamoxifeno.

7. En octubre 2015 ingreso en el Servicio de Oncología Médica por infección respiratoria y reagudización asmática.

8. En noviembre 2015, nuevo ingreso en el Servicio de Neumología y posterior traslado al Servicio de Medicina Interna por broncoespasmo, asma bronquial con regular control de síntomas, bacteriemia por Staphylococcus epidermidis (sepsis por catéter) que requirió retirada del portacath e infección urinaria por pseudomona multirresistente. Asimismo, consta que presentó debilidad en miembros inferiores, por lo que se inicia rehabilitación.

9. En febrero de 2016, en nota clínica del servicio de rehabilitación se señala una muy buena evolución, siendo capaz de caminar sin muletas y se solicita radiografía de rodillas.

Dicha radiografía simple se valora en marzo 2016 con hallazgo de aflojamiento protésico del componente tibial de rodilla derecha y es derivada al Servicio de traumatología.

10. En marzo de 2016, es valorada por el Servicio de Traumatología y se solicita gammagrafía ósea por sospecha de aflojamiento de la prótesis.

11. En octubre 2016, la reclamante finaliza el tratamiento oncológico pautado para su carcinoma mamario.

12. Según consta en el Sistema de información de Conciertos Hospitalarios (SICH), el 03/10/2016 la reclamante es incluida en Lista de Espera Quirúrgica para recambio protésico derecho. Es derivada a Centro Concertado (...), donde es valorada el 14 de marzo de 2017 y dado el alto riesgo de la operación por la situación y antecedentes de la paciente es rechazada para cirugía en este centro.

13. El 22/03/2017 la paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital José Molina Orosa por dolor agudo e impotencia funcional en rodillas. Es valorada por el Servicio de Traumatología, que en ese momento es consciente del rechazo en Centro Concertado por patologías acompañantes, y se decide ingreso para control del dolor y plantear en sesión clínica tratamiento quirúrgico definitivo.

14. Durante este ingreso se solicita gammagrafía ósea dado que ha habido un empeoramiento de la clínica y elevación de marcadores inflamatorios para descartar aflojamiento séptico. Se realiza gammagrafía con Tc99 y Ga67. Tras completar estudio es intervenida el 24/04/2017 realizándose recambio de prótesis en rodilla derecha por aflojamiento.

15. Es dada de alta el 08/05/2017 en un estado funcional en el que logra moverse de forma independiente con ayuda de dos muletas.

16. En seguimiento por el Servicio de Rehabilitación consta buen resultado de la rodilla intervenida repetidamente, llegando a obtener una marcha sin muleta con ligera cojera y marcha con muleta sin cojera.

17. Sigue controles por el Servicio de Traumatología y el 01/02/2018 es incluida en Lista de Espera Quirúrgica para recambio protésico izquierdo. Derivada a Centro Concertado (...) el 23/07/2018 es rechazada para intervenirse en este centro por las comorbilidades que presenta la paciente.

18. El 26/07/2018 acude al Servicio de Urgencias del Hospital José Molina Orosa, por empeoramiento del dolor tras el viaje a Gran Canaria para ser valorada en el (...) y demanda ingreso. Es valorada por el Servicio de Traumatología y se decide ingreso para control del dolor y estudio.

19. El 07/08/2018 se interviene llevándose a cabo recambio protésico asociando tenotomía y tenorrafia de alargamiento del tendón cuadriceps para poder permitir

movilidad. Desde el punto de vista funcional la paciente logra caminar con ayuda de dos muletas y órtesis en pierna izquierda. Es dada de alta el 09/10/2018.

20. La paciente ha seguido controles y tratamiento por parte de los Servicios de Rehabilitación y Traumatología. A fecha de octubre de 2019 los componentes protésicos se encuentran en buena disposición sin que se aprecien movilizaciones o usuras. Desde un punto de vista funcional ha habido una buena evolución inicial con capacidad para deambular sin necesidad de órtesis en enero 2019, pasando en octubre 2019 a una limitación funcional importante con dolor en rodilla izquierda y disminución del rango de movilidad».

3. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, el Dictamen 407/2019, de 14 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).

4. Reclama la interesada por considerar que las secuelas que padece en «*la rodilla*» se deben al retraso en la práctica de la intervención para recambio protésico. Ha de decirse que, si bien la reclamante no aclara a qué rodilla se refiere, constan intervenciones de ambas rodillas en su historia clínica, respecto de lo que nos pronunciaremos a continuación.

A la vista de lo señalado por la reclamante, y dada la documentación que obra en el expediente, una vez analizada su historia clínica, y en virtud de los informes evacuados durante el presente procedimiento, cabe realizar las siguientes consideraciones:

1) Tal y como señala por el informe del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital Dr. José Molina Orosa, respecto de ambas rodillas, consta que:

«La paciente (...), conocida por el Servicio de Traumatología desde 2004, habiendo sido remitida por su Médico de Atención Primaria por presentar gonalgia bilateral con predominio izquierdo.

En ese año (2004) se realizó artroscopia de limpieza en rodilla izquierda donde se evidenciaron cambios degenerativos.

Seguimiento por consultas externas de traumatología en años sucesivos.

Persistencia de gonalgia bilateral, esta vez con mayor intensidad en lado derecho, por lo que volvió a incluirse en lista de espera quirúrgica y en el 2010 se sometió a una artroplastia total de rodilla derecha (PTR).

En la exploración física y antecedentes de la paciente destaca una sobrecarga ponderal importante (obesidad mórbida). Ha precisado múltiples ingresos hospitalarios por crisis de su broncopatía asmática. Afecta de Diabetes Mellitus tipo II y presenta factores de riesgo vascular.

La paciente presenta un Barthel de 80. Lleva vida independiente pero precisa de una muleta para realizar actividades de la vida diaria y tiene dificultad para subir y bajar escaleras así como para el baño.

En diciembre 2012 se realizó artroplastia total de rodilla izquierda por persistencia de la clínica dolorosa en dicha rodilla. Fue remitida a Rehabilitación durante los meses

siguientes, mostrando mejoría sintomática y una movilidad activa con extensión completa y flexión de 90°.

El 04/05/15 se realiza intervención quirúrgica por parte del Servicio de Cirugía por habersele diagnosticado un carcinoma de mama izquierda. Se coloca portacath para tratamiento quimioterápico. Este sistema tuvo que ser revisado por infección del mismo. Control y tratamiento por el Servicio de Oncología.

Con posterioridad, en septiembre 2015 se realiza estudio RMN para descartar metástasis, mostrándose una columna lumbar con cambios artrósicos múltiples y reducción del canal vertebral a nivel L3-L4, L4-L5 y L5-S1, así como de los agujeros de conjunción de predominio izquierdo con compromiso de raíz S1 de dicho lado.

Pese a presentar prótesis bilateral de rodilla y tras un corto periodo de mejoría, el dolor en rodillas persiste. Realizado estudio gammagráfico en abril 2016 se comprueba movilización de ambas prótesis de rodilla. Los marcadores bioquímicos dan valores inflamatorios.

Dada la situación de la paciente en tratamiento para carcinoma de mama, se cuestiona una nueva indicación quirúrgica dilatándose la decisión de una revisión protésica».

Se observa que, sin perjuicio de las pluripatologías de la paciente que coadyuvan a sus patologías de ambas rodillas, una vez adoptada la decisión de proceder a su intervención, se decide demorarla por estar incurso la reclamante en tratamiento oncológico tras carcinoma de mama.

2) La Propuesta de Resolución, a la vista de los antecedentes de la historia clínica de la paciente, referidos por el SIP, afirma que, respecto de la rodilla derecha y, en línea con lo expuesto por el informe de Traumatología antes citado, *«lo cierto es que concluido el tratamiento oncológico el 07/10/2016 ya se encontraba en lista de espera desde el 03/10/2016 para recambio protésico de rodilla derecha, recordemos que es tras la realización una gammagrafía en abril de 2016, cuando se constata la movilización de ambas prótesis, pero que dada la situación de la paciente, en ese momento en tratamiento oncológico se decide esperar a su finalización».*

Así pues, no solo no hubo retraso, sino todo lo contrario, pues incluso antes de haber concluido el último ciclo de herceptin, siendo conscientes de su situación y la demora posible en lista de espera quirúrgica, el Servicio de Traumatología se había adelantado y cursado la inclusión en lista de espera quirúrgica.

Ahora bien, respecto de la intervención de esta rodilla derecha, una vez derivada la paciente para ser intervenida en Centro concertado (...), éste rechaza a la paciente por sus comorbilidades (paciente con obesidad mórbida, pluripatológica, con riesgo cardiovascular y numerosos episodios de reagudización asmática con requerimiento de atención hospitalaria e ingresos) por ello, es remitida de nuevo a su Hospital de referencia.

Sin embargo, aun con ello, como señala el SIP, entre el rechazo en Centro Concertado y la asistencia de la paciente al Servicio de Urgencias que conlleva ingreso para control de la sintomatología y posterior intervención quirúrgica tras completar estudio se suceden 8 días.

Por ello resulta en este momento relevante traer a colación lo referido en el informe del Servicio Jurídico, y recogido en la Propuesta de Resolución, al señalar:

«En el presente caso, hay que analizar el calendario de atención médica a la reclamante que se ha llevado a cabo por el Servicio Canario de la Salud para el tratamiento de su dolencia, y para ello iremos al folio 847 del expediente administrativo:

“Según consta en el Sistema de información de Conciertos Hospitalarios (SICH), el 03/10/2016 la reclamante es incluida en Lista de Espera Quirúrgica para recambio protésico derecho. Es derivada a Centro Concertado (...), donde es valorada el 14 de marzo de 2017 y dado el alto riesgo de la operación por la situación y antecedentes de la paciente es rechazada para cirugía en este centro”.

Es decir, que en octubre de 2016 se le da de alta en la Lista de Espera para una intervención, y cinco meses después la señora es atendida, sin perjuicio de que se decidiera no proceder a la cirugía por el alto riesgo que ésta presentaba.

En ese punto, al alegarse la demora, hay que rescatar el concepto del deber jurídico de soportar, y hay que acreditar con toda evidencia posible, un funcionamiento anormal, incorrecto, deficiente más allá de lo tolerable para el servicio público del que se trata. Podríamos escribir ríos de tinta sobre lo insuficientes, en general, que son siempre los sistemas sanitarios, pero ciñéndonos a criterios de razonabilidad, sobre los estándares que pueden ser apreciados por cualquier ciudadano beneficiario del sistema, hemos de concluir de forma clara, que esperar cinco meses para la intervención de una rodilla, si bien es desesperante para el paciente, y hay que encaminarse a la mejora de estos tiempos de espera, no parece para nada descabellado, y menos, generador de responsabilidad patrimonial. Por lo tanto, se concluye que la actuación de la Administración, sobre este particular, ha resultado conforme a Derecho.

Otra cuestión muy distinta sería desligar las concausas que concurren a posteriori, que hacen retrasar, aun más la intervención de la paciente, que no son otras que las explicitadas

en la resolución que se informa (folio 847), que no son otras que las llamadas “patologías acompañantes”, pero sí que es cierto, que en todo momento, puntos del 13-20 (folios 847-848) la Administración actuó en pro de la mejor cobertura sanitaria que se estimó en ese momento. Como puede apreciarse, el historial de la paciente ha resultado del todo determinante para impedir que la intervención de rodilla de la que trae causa la presente reclamación, fuera llevada a cabo, por lo que no puede imputarse a la Administración, en este caso, la demora en la intervención quirúrgica definitiva, siendo correcta la desestimación de la reclamación interpuesta. Es cierto que hay variables de contorno en el presente caso que hacen más doloroso todo lo acontecido, como por ejemplo que la señora viva, tal y como manifiesta en el periódico cuya copia obra en el expediente administrativo, sola y en un tercer piso sin ascensor. Sin ser en absoluto ajenos a esta penosidad, no por ello podemos declinar las circunstancias personales desfavorables de la señora sobre la Administración».

Así pues, han sido dos los factores que han producido el retraso en la intervención de la rodilla derecha, ambos imputables a las propias circunstancias personales de la paciente: por un lado, el estar incurso en proceso oncológico por carcinoma de mama y, por otro lado, las comorbilidades concurrentes de la misma, siendo la actuación de la Administración favorable en todo momento a la mejor solución al problema de la paciente, incluyéndola, de hecho, en lista de espera con carácter previo a la finalización de su proceso oncológico, para adelantar al máximo su intervención.

3) Respecto de la rodilla izquierda, tal y como recoge la Propuesta de Resolución, acogiendo lo informado por el SIP, procede señalar:

«Por lo que respecta a la rodilla izquierda, se considera candidata a recambio protésico rodilla izquierda el 01/02/2018, día en que es incluida en lista de espera, siendo derivada a centro concertado que nuevamente rechaza a la paciente por el mismo motivo. Entre este rechazo y la asistencia al Servicio de Urgencia de su Hospital de referencia, en el cual es ingresada y posteriormente operada transcurren 3 días, y 6 meses desde que es incluida en lista de espera».

Respecto del tiempo transcurrido desde su inclusión en la lista de espera, inmediatamente al momento en el que se considera indicada la cirugía hasta que esta se practica, debe recordarse que entra dentro de los tiempos de espera de la sanidad pública, tal y como se ha señalado en anteriores ocasiones por este Consejo, al no estar incluida la intervención entre las que figuran en la Orden de 26 de diciembre de 2006 (BOC n.º 252, de 30 de diciembre), de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica el anexo I de la Orden de 15 de mayo de 2003, que establece

los plazos máximos de respuesta a determinados procedimientos quirúrgicos a cargo del Servicio Canario de la Salud (BOC n.º 96, de 21 de mayo de 2003). Así, en modo alguno se puede considerar que en este caso ha habido una inadecuada gestión de la lista de espera sanitaria y procede reiterar lo ya señalado por este Consejo Consultivo en relación con ello.

Así, en el Dictamen 255/2014, de 9 de julio se señalaba:

«En este sentido, por ejemplo, en el Dictamen de este Consejo Consultivo 134/2009, de 1 de abril, se afirmó que:

La propuesta de resolución fundamenta la corrección de la actuación sanitaria en la inevitabilidad de las listas de espera, teniendo en cuenta el aumento de pacientes con la patología presentada por el reclamante. En este sentido, si bien la existencia de la lista de espera es efectivamente inevitable (STS de 24 de septiembre de 2001, Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003 y 24 de noviembre de 2004), dado los limitados medios de que dispone la Administración sanitaria y por ello su sola existencia no evidencia un funcionamiento anormal de la Administración, sin embargo, no puede ampararse en este criterio cualquier situación en la que los pacientes han de aguardar para ser atendidos, al margen de la disponibilidad de los medios sanitarios, como parece haber acontecido en este caso (DCC 346/2015)».

A ello debe añadirse que, en todo caso, ninguna relación guarda el tiempo transcurrido entre la indicación de la cirugía (momento de inclusión en la lista de espera) y la fecha misma de la intervención, toda vez que el actual estado de la rodilla de la paciente tiene causa en sus propias circunstancias médicas:

Así, tal y como señala el SIP:

«tras el segundo recambio protésico (rodilla izquierda) la paciente precisa la utilización de ortesis estabilizadora externa con limitación de la movilidad. Se trata de una rodilla intervenida en tres ocasiones en una paciente con obesidad mórbida de años de evolución y la inevitable sobrecarga articular que conlleva. Aun así, llega a conseguir deambular sin necesidad órtesis. Posteriormente, desarrolla dolor en rodilla izquierda y limitación funcional importante con pérdida de movilidad, aunque no existe mala disposición protésica o desgaste de la misma».

A ello deben añadirse las consideraciones realizadas por el Jefe de Servicio de Traumatología, al señalar que:

«durante a intervención se aprecia una importante afectación tisular con retracción del aparato extensor y un tendón rotuliano debilitado que no tolera la tensión de la flexión. En aras de conseguir un rango de movilidad útil se realiza sutura y anclaje del tendón rotuliano

y alargamiento en V del tendón cuadriceps, permitiéndose así una flexión de rodilla hasta 90° con mínima tensión para los tejidos ya bastantes debilitados.

Es por ello que en cuanto a las causas que pudieron determinar el resultado final el citado informe señala que se trata de una rodilla izquierda fallida en la que prácticamente se han agotado todos los procedimientos quirúrgicos posibles. La mala evolución en el tiempo de esta rodilla obedece, según mi criterio a múltiples factores, entre los que destacaría la sobrecarga ponderal y la edad de la paciente, la fragilidad vascular, las varias intervenciones complejas a las que tuvo que ser sometida y muy posiblemente al tratamiento concomitante con quimioterapia. Todos estos factores de alguna manera han contribuido a una mala respuesta por parte de los tejidos blandos y la osteointegración de los implantes protegidos».

Finalmente, por todo lo expuesto, cabe concluir, respecto de ambas rodillas que, por un lado, no ha habido retraso en la intervención de las rodillas de la paciente, pues, respecto de la derecha, la misma estaba siendo sometida a proceso oncológico que imposibilitaba la intervención de las rodillas y, de hecho, a pesar de ello, ya había sido incluida en lista de espera para ser intervenida desde que acabara su tratamiento oncológico por carcinoma de mama, lo que denota la diligente actuación por parte de los servicios asistenciales. Y, respecto de la izquierda, el tiempo de espera, amén de estar entre los tiempos normales de este tipo de intervención, no guarda relación con el resultado actual.

En este sentido, ha quedado acreditado que el estado actual de las rodillas de la reclamante obedece a sus propias patologías múltiples, ya expuestas, a pesar del adecuado tratamiento quirúrgico en relación con ambas rodillas. A tal resultado desfavorable ha coadyuvado, asimismo, tal y como expresa el informe del SIP el propio proceso y tratamiento oncológico de la paciente.

Así, señala el SIP, acerca del tratamiento oncológico recibido y su posible influencia en el resultado de las intervenciones:

«entre los múltiples efectos adversos que se pueden producir durante el tratamiento por herceptin cabe señalar, en relación con el caso actual, dolor de articulaciones y dolor muscular, dolor óseo, número anormal de células sanguíneas (anemia, disminución de plaquetas y disminución de glóbulos blancos) e infecciones. Si bien es posible, en caso de necesidad, llevar a cabo una intervención quirúrgica, en el caso que nos ocupa, dado que la intervención implicaba la colocación de nuevas prótesis, no es correcto realizarla sin disminuir en todo lo posible el riesgo de infección-sobreinfección protésica. En cuanto a suspender el tratamiento oncológico para realizar la cirugía, este no podría haberse

reanudado hasta la completa recuperación de la paciente, con el subsecuente perjuicio oncológico. Por lo tanto, y dado que no se trata de una patología urgente cuyo pronóstico no se ve influenciado por postergar el tratamiento un tiempo prudencial, no es correcto intervenir a la paciente en este momento».

Por tanto, debe concluirse que ha sido adecuada a la *lex artis* la atención dispensada a la paciente, por lo que el daño por el que reclama no guarda relación causal con la asistencia recibida a la paciente, amén de carecer de la nota de antijuridicidad requerida para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

5. Además, la interesada no ha aportado al expediente prueba alguna que demostrase el deficiente funcionamiento del servicio sanitario alegado.

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 necesitas 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)”».

Por las razones expuestas, no concurriendo los elementos requeridos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (art. 217.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), procede desestimar la

reclamación formulada por la interesada. Resultando, en consecuencia, conforme a Derecho la Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias.

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.