



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 6 0 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 18 de abril de 2023.

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 tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 125/2023 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, a solicitud el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, mediante oficio de 7 de marzo del presente año con entrada en este Organismo al día siguiente.

2. La reclamante solicita, en escrito posterior a su reclamación inicial, de 2 de marzo de 2021 presentado el 11 de marzo de dicho año, una indemnización de 250.000 € sin perjuicio de posterior y definitiva valoración -folio 63-. 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 adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación la citada LPACAP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -en lo sucesivo, 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 el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

Por su parte, la resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

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

5.1. En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe indicar que la reclamante ostenta la condición de interesada al haber sufrido un daño personal por el que reclama [art. 4.1, letra a) de la LPACAP, en relación con el art. 32 de la LRJSP].

Asimismo, la interesada actúa mediante la representación de su abogada; constando debidamente acreditado en el expediente el poder de actuación de esta última (art. 5 de la LPACAP).

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

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción (art. 67.1 de la LPACAP). Extremo éste que no es cuestionado 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 al art. 91.3 de la LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

II

1. La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital General de La Palma.

A este respecto, la perjudicada fundamenta su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -folios 2 y 3-:

«PRIMERO. ANTECEDENTES DE HECHO E INTERVENCIONES MEDICAS.

- En fecha 3 de marzo de 2020, mi mandante acude al Hospital General de La Palma, donde se le realiza una ecografía TV debido a su estado de gestante, en la revisión realizada a la paciente se comprueba que dentro de su cavidad uterina hay un sáculo de gestación con feto único, activo, con latido cardíaco y movimientos. Su gestación se corresponde en esta fecha con 7+5 semanas y se recomienda nueva revisión en 5 semanas. Sin otros hallazgos de interés.

- El día 2 de abril de 2020, mi mandante comienza a sangrar, sin dolor y debido a la abundancia del sangrado acude al HOSPITAL GENERAL DE LA PALMA, donde ingresa con un diagnóstico de aborto diferido con carácter urgente, ese día se le realiza legrado por aborto incompleto, sin complicaciones. La intervención fue realizada por el doctor (...). La paciente pregunta al doctor como ha ido la intervención a lo que este responde “me ha costado mucho sacarlo, pero ya está todo”. Tal y como se observa en la historia clínica de la paciente, el día 2 de abril de 2020, después de la intervención pasa a planta y el 3 de abril de 2020, es dada de alta.

- En fecha 22 de abril de 2020, mi mandante comienza a sangrar de forma abundante por lo que acude al centro médico SERMEVA en Los Llanos de Aridane y es asistida por el doctor (...), quién después de explorar a la paciente concluye que visualiza restos trofoblásticos/embrión. Según refiere el doctor (...) y se lo indica a la paciente, el feto sin vida estaba intacto en su interior y pudo incluso medirlo, comentando que terna unos 6 cm aproximadamente, se realiza ecografía TV donde se observa lo anterior. Debido a lo urgente de la situación, reenvía a la paciente para que el día 23 de abril de 2020, acuda nuevamente al Hospital General de La Palma para efectuar el segundo Legrado Uterino evacuador.

- En fecha 23 de abril de 2020, y siguiendo las directrices del doctor (...), mi mandante acude nuevamente al Hospital General de La Palma y el diagnóstico es idéntico al anterior, retención de restos trofoblásticos/embrión. Se practica el segundo legrado por el doctor (...) y se hace constar en el informe "se extrae abundante tejido trofoblástico (...) ". La paciente recibe el alta el mismo día 23 de abril de 2020 a las 21.20 horas. No olvidemos que en esta fecha estábamos en situación de alarma por pandemia por lo que las estancias en el Hospital se reducen al mínimo.

- En fecha 30 de abril de 2020, mi mandante tiene que acudir nuevamente al Hospital debido a que comienza a sangrar el día 29 de abril de 2020, a la exploración que se le realiza refiere sangrado vaginal oscuro en cantidad inferior a regla procedente de cavidad. Se le indica a la paciente que aún quedan restos de embrión y es necesario practicar otro legrado, a lo que mi mandante se niega, por lo que, la doctora (...) opta por administrar medicación oral -methergin 1 amp- que le es administrada en urgencias y Aines si hay dolor.

- En fecha 1 de mayo de 2020, mi mandante acude nuevamente al Hospital para control y se observa que no se ha expulsado totalmente por lo que se mantiene la medicación oral.

- Finalmente, el día 2 de mayo de 2020, en la exploración realizada se rastrea la cavidad y se constata que está VACÍA EN SU TOTALIDAD. Se le da el ALTA a la paciente».

2. Partiendo de los hechos descritos anteriormente, la perjudicada afirma la existencia de la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño irrogado. Y lo hace en los siguientes términos -folios 3 y 4-:

«De lo relatado anteriormente, resulta que mi mandante, acude a una revisión rutinaria de su embarazo el día 3 de marzo de 2020, todo está correcto, pero el día 2 de abril de 2020, comienza a sangrar, lo que es sospechoso de un aborto, por lo que, acude a Hospital, en ese momento le realizan un legrado, pero el error se comete cuando el facultativo que practica el legrado no lo realiza correctamente dejando al embrión sin vida en el cuerpo de la madre tal y como lo visualizó posteriormente el doctor (...), lo que sin duda pudo acarrear consecuencias nefastas para la vida de la madre. Como no podía ser de otra manera, el día 22 de abril de 2020, mi mandante comienza a sangrar y presa del pánico acude de urgencias a

la consulta del doctor (...) en el centro médico SERMEVA, donde tras realizar una exploración y eco TV comprueba que el embrión está íntegro en la cavidad materna, e incluso puede medirlo, llegando a alcanzar unos 6 cm.

Al día siguiente, 23 de abril de 2020, se practica por el doctor (...) nuevamente legrado a mi mandante, manifestando que YA ESTA TODO LIMPIO, pero lamentablemente no fue así, y, el día 29 de abril de 2020, mi mandante comienza a sangrar nuevamente, por lo que, acude el día 30 de abril de 2020 al Hospital donde tras una ecografía de urgencia se observan restos de embrión en la cavidad materna, se propone a la paciente el practicar un tercer legrado, a lo que ésta se niega y en ese momento la doctora de guardia, (...), opta por la medicación oral para expulsar la paciente los restos de embrión. Este tratamiento se prescribe durante dos días dando finalmente resultados positivos, y el día 2 de mayo de 2020 ya se observa que la cavidad materna está totalmente vacía, limpia y los ovarios normales.

Se puede determinar sin ningún género de dudas, la existencia de NEXO CAUSAL POR MALA PRAXIS entre la primera intervención del día 2 de abril de 2020 y la segunda del 23 de abril de 2020 que al mismo tiempo desencadenó en la intervención médica de los días 29 y 30 de abril de 2020, siendo consecuencia la segunda de la negligencia de la primera y la tercera de la negligencia de la segunda. Sin que podamos precisar en este momento si las intervenciones efectuadas a mi mandante han dañado su aparato reproductor con las consecuencias que ello conlleva».

3. 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 la Salud; cuantificando la indemnización en un importe aproximado de 250.000 € sin perjuicio de posterior y definitiva valoración -folio 63-.

III

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

1. Mediante escrito con registro de entrada de 2 de febrero de 2021 (...), en nombre y representación de (...), insta la incoación 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 dispensada a su representada en el Hospital General de La Palma.

2. Con fecha 8 de febrero de 2021 se acuerda requerir a la interesada a fin de que subsane y/o mejore la reclamación formulada; trámite que es debidamente cumplimentado por la representante de la perjudicada con fecha 11 de marzo de 2021.

3. La reclamación formulada por la Sra. (...) es admitida a trámite mediante Resolución de 15 de marzo de 2021, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (P.D. Resolución de 23 de diciembre de 2014, B.O.C. n.º 4, de 8 de enero), 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.

La precitada Resolución consta debidamente notificada a la representante de la interesada.

4. Con fecha 15 de marzo de 2021 se cursa la correspondiente petición de informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud -en lo sucesivo, SIP-, que es evacuado el día 16 de agosto de 2022.

Asimismo, consta en el expediente la evacuación de informe por parte del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital General de La Palma, de 29 de marzo de 2021.

5. Con fecha 5 de septiembre de 2022 se requiere a la interesada para que « (...) *aporte el pliego de preguntas a las que deben dar respuesta cada uno de los testigos propuestos en (la) reclamación inicial*». Requerimiento que es debidamente atendido por la representante de la interesada, aportando el correspondiente pliego de preguntas a formular a los testigos.

6. Con fecha 29 de noviembre de 2022 se dicta acuerdo probatorio por el que se admiten a trámite las pruebas propuestas por la interesada -documental y testifical- y se incorporan -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

7. Con fecha 20 de diciembre de 2022 se procede a la práctica de la prueba testifical interesada por la reclamante, con el resultado que obra en las actuaciones -folios 258 y ss.-.

8. Con fecha 4 de enero de 2023 se acuerda la apertura del preceptivo trámite de audiencia. Resolución que figura convenientemente notificada a la representante de la interesada.

Una vez transcurrido el plazo conferido a tal efecto, no consta la presentación de alegaciones por parte de la interesada.

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

10. Con fecha 3 de marzo de 2023 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 (...) por no concurrir los requisitos necesarios para declarar responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud»*.

11. Mediante oficio de 7 de marzo de 2023 [con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente], se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias [art. 81.2 de la LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la LCCC].

IV

1. Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo (entre otros, en su Dictamen 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 señala que «la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) «*que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo*

que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: *«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.*

Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Ha de tenerse en cuenta 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 Consejo Consultivo de Canarias. Así, se ha de traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, de este Organismo, en el que se expresa lo siguiente:

«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física.

En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la lex artis, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la lex artis se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha lex artis. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad.

Este límite nos lo proporciona el criterio de la lex artis, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la lex artis (no siendo el daño antijurídico) mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la lex artis, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la lex artis se define como ad hoc, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece “El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”. Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a *lex artis*, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización».

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

3.1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada por la interesada, al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; puesto que no se ha demostrado *mala praxis* en la atención sanitaria dispensada a la paciente.

En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

3.2. La reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ve perfectamente reflejada, 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 no 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)».

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

En este sentido, resulta oportuno reproducir las consideraciones efectuadas por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución, al señalar -con remisión a los diversos informes evacuados durante la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial (art. 88.6 de la LPACAP)- cuanto se expone a continuación -folios 277 a 280-:

«El objeto de la reclamación se centra exclusivamente en la mala praxis durante la primera intervención de legrado tras sufrir un aborto, pues dejaron el embrión sin vida dentro del cuerpo de la madre, siendo necesario un segundo legrado, que dejó nuevamente restos embrionarios.

A este respecto (...) el Dr. (...), Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del HGLP (folios nº 226 y 227) (...) expone que el día 1 de abril de 2020 se comprueba la presencia de aborto diferido, y tras la preparación con Misoprostol preoperatorio, se efectúa legrado evacuador el día 2 de abril de 2020. Es dada de alta al día siguiente.

El SIP explica que los abortos se pueden manifestar de diferentes formas, entre las que se encuentra el aborto retenido o diferido. Consiste en la muerte “in útero” del embrión, con retención de la gestación por un periodo prolongado de tiempo, desde varios días a semanas, y con orificio cérvico uterino cerrado.

El principal propósito del legrado evacuador consiste en la extracción de restos ovulares en la cavidad endometrial por aspiración o mediante material quirúrgico. A veces puede ser necesario un segundo legrado para completar esta evacuación, sobre todo en los casos de aborto diferido, como es el caso.

El día 22 de abril de 2020 se constata la presencia de restos embrionarios, por lo que es propuesta para nuevo legrado que se realiza el día 23 del mismo mes y año. Es dada de alta el mismo día.

El día 30 de abril de 2020 consulta por metrorragia. Se realiza ecografía, observando endometrio de 10.4 mm compatible con restos postlegrado y coágulos.

La reclamante expone que se le indicó un tercer legrado evacuador, pero ella se negó, por lo que se le pautó tratamiento oral. El Dr (...) niega rotundamente tal afirmación, exponiendo que en ningún momento se le indicó realizar un nuevo legrado, sino que, tal y como consta en la historia clínica, se le pautó tratamiento oral con control ecográfico posterior.

Esta afirmación consta reflejado en la asistencia sanitaria en el Servicio de Urgencias del HUNSC (sic, debe ser del HGLP) el día 30 de abril de 2020 (folios nº 194 y 195).

El día 1 de mayo de 2020 se realiza ecografía, y de nuevo el día 2 del mismo mes y año, donde se constata la vacuidad uterina, dándole el alta.

El legrado uterino aspirativo es un método que utiliza la aspiración a través del cuello del útero para extraer los restos del embarazo. En 1 de cada 100 mujeres no se consigue vaciar del todo el contenido uterino y puede necesitar un tratamiento posterior adicional, sin que se considere que ha existido mala praxis.

La mayoría de las preguntas a las que dan respuesta los 4 testigos propuestos por la reclamante, hacen alusión a la situación en la que se encontraba la paciente en las distintas ocasiones en las que fue atendida en relación al aborto sufrido, preguntas cuya respuesta son evidentes, pues obran en la historia clínica, y no se cuestiona la situación o gravedad en la que se encontraba.

Todos los testigos preguntados coinciden en exponer la dificultad que supone el legrado en un útero en retroversión, que el contenido del útero en el segundo caso no se correspondía al embrión en su totalidad, y no era necesaria una tercera intervención para vaciar totalmente el útero, pues tras el segundo legrado, los restos se correspondían con coágulos y productos postlegrado.

El Dr (...) además, hace constar que la persistencia de restos es una de las posibles complicaciones que pueden acontecer al someterse a un legrado evacuador. Sobre todo, en el caso de la reclamante, que presentaba un útero en retroversoflexión, que dificulta su evacuación.

Este hecho se puede comprobar en el documento de consentimiento informado (DCI) que firmó y que consta en la historia clínica (folio nº 238 y ss). Este órgano instructor observa que dicho DCI corresponde a la intervención del 23 de abril de 2020, esto es, al segundo legrado. No consta entre la documentación médica la existencia de DCI para someterse al primero del día 2 de abril de 2020, aunque en la hoja quirúrgica sí que puede comprobarse que la paciente otorgó su consentimiento (Paciente confirma identidad, localización quir. procedimiento y consentimiento- folio nº 232).

No obstante, y como puede apreciarse en el que sí obra para la segunda intervención, no existen alternativas al tratamiento del aborto diferido, (alternativas al procedimiento: No Aplica) siendo la técnica quirúrgica de legrado evacuador la única posibilidad de vaciar la cavidad uterina y evitar la retención de los restos embrionarios que originen complicaciones posteriores.

En estos casos, la jurisprudencia viene estableciendo que no es de necesidad la firma de un consentimiento informado cuando no existe alternativa al tratamiento. Así lo señala el TSJ de Castilla y León en Sentencia 2392/2014 de 25 noviembre: "Pues bien, en el presente caso, lo determinante para concluir que la falta de consentimiento informado al paciente con carácter previo a la intervención no determina un mal funcionamiento de los servicios sanitarios, es que en este caso, la esencia de dicho consentimiento no se ve vulnerada y ello porque no existía alternativa a la práctica de la intervención que se realizó al recurrente en el Complejo Asistencial de Burgos, y así se desprende de que el mismo día de ingreso se interviene quirúrgicamente al recurrente consistente en reducción abierta y fijación interna.

El hecho de que no haya alternativa al tratamiento seguido, intervención quirúrgica, y que se "curara" al paciente, ello con independencia de posibles complicaciones posteriores, que no están vinculadas en este caso a una mala praxis médica, no determina la existencia un daño antijurídico e indemnizable"».

Así pues, y como señala el SIP en su informe de 16 de agosto de 2022 (apartado de «CONCLUSIONES»), «el principal propósito del legrado evacuador consiste en la extracción de restos ovulares en la cavidad endometrial por aspiración o mediante material quirúrgico»; siendo, en ocasiones, « (...) necesario un segundo legrado para completar esta evacuación, sobre todo en los casos de aborto diferido, como es el caso». Debiéndose tener en cuenta, además, que la paciente presentaba lo que, en la terminología médica, se denomina como «útero en retroversión», esto es, « (...) una variante anatómica normal de la mujer donde el útero se inclina y apoya hacia el recto y la columna vertebral, es decir, se dirige hacia la espalda y no hacia el abdomen y la vejiga, como es la posición normal». De tal manera que, como advierte

el SIP, dicha « (...) *disposición ocasiona dificultades para la evacuación de productos de legrado*» -folio 85-.

En este sentido, el SIP señala en sus conclusiones que *«el día 2 de abril de 2020 se realizó un legrado incompleto. Situación clínica que no necesariamente implica falta médica, por cuanto es frecuente que tal situación se produzca máxime cuando coexisten irregularidades uterinas (retroversión) que pueden entorpecer o dificultar el procedimiento a realizar»*. Y es que *«la práctica del legrado podía tener tres resultados posible (sic); uno, la práctica de un legrado incompleto que no llegara a vaciar completamente el útero, dos, la práctica de un legrado completo y, tres, la práctica de un legrado que pudiera resulta excesivo y que traspasara la pared uterina con serias complicaciones. Por ello, no es infrecuente que se produzca, precisamente por estas complicaciones, que el legrado no llegue a ser completo, lo que se puede corregir mediante la práctica de uno nuevo para completar la evacuación»*. Circunstancias que aparecen corroboradas por la testifical practicada a instancias de la propia reclamante: *«¿Es más difícil realizar un legrado con un útero retrovertido? Sí, es más difícil. Está publicado»* -folio 260-.

Es por ello por lo que el día 23 de abril de 2020 *« (...) se efectúa el legrado que obtiene un resultado favorable»*, y que *«la atención sanitaria correspondiente al periodo 30 de abril hasta el 2 de mayo de 2020, se corresponde con la presencia de coágulos en la cavidad uterina propios de la manipulación realizada, que finalmente se expulsan»*.

4. En conclusión, teniendo en cuenta que, por una parte, la interesada no ha aportado medio de prueba alguno con virtualidad suficiente para sostener la reclamación que promueve (arts. 77.1 de la LPACAP en relación con el art. 217 de la LEC); y que, por otra parte, a tenor del contenido de los diversos informes que obran en el expediente lejos está de poder inferirse en este caso que la asistencia sanitaria prestada fuera contraria a la *lex artis ad hoc*, 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 de Canarias.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración

Pública Sanitaria, se entiende que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen.