



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 3 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 29 de mayo de 2024.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera 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 (...), actuando en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 247/2024 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad el 22 de abril de 2024 (Registro de entrada el día 23 de abril de 2024), es una Propuesta de Resolución (en adelante PR) de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. La cuantía indemnizatoria solicitada, 159.689,74 euros, determina la preceptividad del dictamen de este Consejo Consultivo, de conformidad 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 Administraciones Públicas (LPACAP). Está legitimada para solicitarlo la Sra. Consejera 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 resultan de aplicación tanto la citada LPACAP como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; y la

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

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 (BOC n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General 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 cumple el requisito de legitimación activa y pasiva.

- En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe indicar que la reclamante ostenta la condición de interesada al haber sufrido un daño personal por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP]. En este caso la interesada actúa mediante representación, debidamente acreditada (art. 5.3 LPACAP).

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

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el centro sanitario privado que prestó asistencia sanitaria a la paciente por cuenta del Servicio Canario de la Salud a través de la figura del concierto sanitario.

Como se ha manifestado en numerosos Dictámenes de este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen 31/1997, de 20 de marzo; 554/2011, de 18 de octubre; 93/2013, de 21 de marzo; 154/2016, de 16 de mayo, 48/2017, de 13 de febrero y 542/2023, de 28 de diciembre, entre otros), los conciertos sanitarios, cuya regulación específica se encuentra en los arts. 90 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, pertenecen al género del contrato administrativo típico denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos.

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

En definitiva, en el presente procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud, junto a éste, están legitimados pasivamente los centros sanitarios privados concertados en los que recibió asistencia la reclamante.

En el presente expediente se ha dado traslado de la reclamación presentada a los Centros (...) y (...), a quienes además se requirió la emisión de informe sobre la asistencia sanitaria prestada a la interesada. No obstante, de la documentación aportada resulta que sólo prestó asistencia sanitaria a la ahora reclamante el primero de los citados.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Centro concertado Hospital (...), que, como después se indicará, presentó escrito alegando su correcta actuación.

6. 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, si bien la reclamación se presentó el 9 de junio de 2020 en relación con la asistencia sanitaria prestada a partir del 12 de junio de 2009 y en fechas sucesivas, se hace constar en su escrito que en el momento de su presentación se encontraba en lista de espera para una tercera intervención por la misma patología, por lo que no puede considerarse, teniendo en cuenta esta última fecha, que hubiera prescrito su derecho a reclamar. La interesada además, había presentado con fecha 6 de marzo de 2019 una reclamación ante el Servicio Canario de Salud en el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria, sin que la misma, según alega, hubiera obtenido respuesta.

La Propuesta de Resolución no contiene un pronunciamiento sobre la temporaneidad o no de la reclamación presentada. Ahora bien, consta en el

expediente una primera Resolución de inadmisión a trámite, de fecha 12 de agosto de 2020, por considerar prescrito el derecho a reclamar de la interesada al considerar determinado el alcance de las secuelas desde años antes, estimando que se trata por tanto de un daño permanente. La interesada presenta recurso de reposición en el que reitera que desde la intervención inicial se han llevado a cabo innumerables tratamientos e incluso nuevas intervenciones quirúrgicas, con expresa mención a la lista de espera anteriormente señalada y la posterior intervención el 22 de julio de 2020. Este recurso es estimado parcialmente por Resolución de 4 de diciembre de 2020, con el siguiente fundamento jurídico:

«TERCERO.- En cuanto a los motivos que sustentan el recurso, se reitera el contenido de la reclamación inicial, añadiéndose lo siguiente:

La interesada comunica que ha sido sometida a una tercera intervención, el 20 de julio de 2020, que -según alega- ha resuelto su problema, aportando informe de alta de 24 de julio de 2020, que describe tercera reparación artroscópica por inestabilidad de hombro.

La Administración no puede descartar o confirmar, por este motivo, la prescripción de la reclamación, dado que es precisa la tramitación del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial para, a la vista de la historia clínica de la interesada y de los informes preceptivos necesarios, dilucidar si dicha intervención guarda relación con las anteriores y si supone la curación definitiva de su problema, como alega la interesada».

Por lo anterior, se resuelve estimar parcialmente el recurso interpuesto, «procediendo la admisión a trámite de la reclamación para dilucidar, en primer lugar, la existencia o no de prescripción y, en su caso, descartada ésta, resolver sobre el fondo del asunto».

En definitiva, procede considerar que si bien, como se ha señalado, la PR no contiene un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión, sí resuelve el fondo del asunto, de donde se sigue que no ha considerado extemporánea la reclamación presentada.

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, alegando en su escrito de reclamación los siguientes hechos:

«PRIMERO.- En fecha 12 de junio de 2009, cuando (...) tenía 15 años de edad, sufrió una contusión de hombro izquierdo tras una caída y, desde entonces, presenta dificultad para la movilización, además de que dicho hombro se le desencaja con facilidad ante mínimos

esfuerzos como, por ejemplo, estornudar. La lesión que presenta mi mandante en principio se diagnosticó como lesión Hill Sachs.

SEGUNDO.- En fecha 26 de octubre de 2012, tres años después de la caída, mi mandante fue intervenida quirúrgicamente. En concreto se le practicó una cirugía artroscópica de hombro izquierdo, realizándose plicatura capsular y reinserción de rodete glenoideo con 3 implantes, y dándosele el alta el día 28 de octubre de 2012.

No obstante lo anterior, tras dicha intervención la Sra. (...) ha tenido que acudir al Servicio de Urgencias, al menos, en 9 ocasiones (en fechas 12 de marzo de 2013, 9 de abril de 2013, 16 de octubre de 2014, 14 de noviembre de 2015, 15 de noviembre de 2015, 4 de octubre de 2016, 15 de noviembre de 2016, 27 de noviembre de 2016 y 9 de abril de 2017) por motivo de luxación de su hombro izquierdo.

TERCERO.- En fecha 11 de diciembre de 2017 es nuevamente intervenida quirúrgicamente, practicándosele una segunda artroscopia en su hombro izquierdo, con plicatura de cápsula anterior y posterior, dándosele el alta el día 12 de diciembre de 2017.

Esta segunda intervención tampoco solucionó la lesión que presenta mi mandante, pues desde que finalizó la rehabilitación y hasta el momento actual, se ha visto en la necesidad de acudir, al menos, en 10 ocasiones al Servicio de Urgencias (en fechas 30 de mayo de 2018, 27 de febrero de 2019, 12 de marzo de 2019, 24 de agosto de 2019, 24 de julio de 2019, 23 de agosto de 2019, 24 de septiembre de 2019, 30 de octubre de 2019, 21 de noviembre de 2019 y 2 de enero de 2020), siempre por el mismo motivo, ya que la luxación recidivante de hombro izquierdo le aparece con frecuencia y ante cualquier mínimo esfuerzo.

CUARTO.- Por otro lado, durante todo este tiempo (desde el 12 de junio de 2009 hasta la actualidad) se han realizado numerosas consultas al Servicio de Traumatología, sin que se haya resuelto el problema, motivos todos ellos por el que en fecha 6 de marzo de 2019 (...) presentó una reclamación ante el Servicio Canario de Salud en el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria, con número de registro nº 000006 de 50, sin que a día de hoy se le haya dado respuesta. Se adjunta dicha reclamación como Documento número DOS.

QUINTO.- En fecha 4 de junio de 2019 solicitó su inclusión en lista de espera quirúrgica para una nueva intervención por luxación recidivante de su hombro izquierdo, encontrándose actualmente a la espera de una tercera intervención quirúrgica.

SEXTO.- La realidad es que a mi mandante, durante los últimos 11 años de su vida, desde que tenía tan sólo 15 años de edad, se le ha privado absolutamente de una calidad de vida óptima, todo ello, entendemos, debido a un tratamiento erróneo o deficiente a lo largo de este tiempo, que no ha estado orientado a la curación del padecimiento de mi representada.

Si bien se le han practicado dos artroscopias en los años 2012 y 2017, ha quedado demostrado que éstas no han solucionado el problema que aqueja a mi mandante, ya que la luxación recidivante del hombro izquierdo aparece en cada momento ante el mínimo esfuerzo, como por ejemplo estornudar o coger una cámara de fotos.

Todo ello le ha supuesto un grandísimo perjuicio, hasta tal punto que ha tenido que dejar su trabajo de fotógrafa al no poder ni siquiera sujetar una cámara de fotos profesional durante el corto periodo que dura una sesión fotográfica; ello además del perjuicio psicológico irrogado, toda vez que no puede llevar una vida normal, como cualquier persona de su edad. No puede ir a la playa, practicar deportes. En definitiva, no puede hacer nada porque desde que realiza un mínimo esfuerzo se le descoloca el hombro izquierdo, lo que implica tener que acudir al servicio de urgencias, que la seden para colocárselo y luego seguir el tratamiento (básicamente, ingesta de analgésicos y uso de cabestrillo). Eso una y otra vez, cada vez que realiza un movimiento o un mínimo esfuerzo, como puede ser el hecho de estornudar.

SÉPTIMO.- Asimismo, cabe señalar que en más de una ocasión se le ha comentado a mi mandante por los doctores que la han atendido que la solución a su problema consistiría en ponerle una prótesis en el hombro, en lugar de practicarle una artroscopia, que es lo que se ha hecho en dos ocasiones. Sin embargo, la excusa que le dan para no ponerle dicha prótesis es que se trata de una mujer joven, algo que podemos entender incluso discriminatorio.

OCTAVO.- En definitiva, mi mandante ha sido intervenida en dos ocasiones sin resultado ninguno y, después de 11 años desde que se le produjo la lesión, se ve en la necesidad de realizar numerosas visitas al servicio de urgencias, dada la frecuencia con la que se le produce luxación recidivante en su hombro izquierdo ante el mínimo esfuerzo, encontrándose a la espera de una nueva intervención que, posiblemente, será una nueva artroscopia, la cual, como se ha visto, no soluciona el problema que le aqueja.

Por todas estas negligencias y otras objetivamente posibles según la narrativa de hechos es por lo que la Sra. (...) se ve obligada a someterse nuevamente a cirugía, con los trastornos y secuelas padecidos, por lo que procede el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, conforme determina la Ley».

La reclamante solicita la cantidad de 159.689,74 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados por el SCS (calculada en aplicación Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2009 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación), sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento administrativo con arreglo al índice de precios y

consumo, fijados por el Instituto Nacional de Estadística y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada.

Por último, como ya se ha señalado, con ocasión del recurso de reposición presentado contra la Resolución de inadmisión de su reclamación, pone en conocimiento de la Administración que ha sido intervenida en una tercera ocasión con fecha 22 de julio de 2020, siendo nuevamente la técnica quirúrgica empleada la artroscopia.

III

1. En este procedimiento el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte, no exime a la Administración de resolver expresamente (arts. 21.1 y 6 LPACAP).

2. Constan en el presente procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 4 de diciembre de 2020 se notifica a la interesada la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud de la misma fecha, por la que se estima parcialmente el recurso presentado contra la inicial Resolución de inadmisión de la reclamación presentada, a la que ya se ha hecho referencia, admitiendo a trámite la misma.

- El 18 de diciembre de 2020 se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), a emitir a la vista de la historia clínica de la paciente y una vez recabado el informe del servicio cuyo funcionamiento presuntamente ha ocasionado la lesión por la que se reclama.

Con fecha 22 de enero de 2021 el SIP remite la historia clínica de la paciente obrante en el Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria (HUNSC) y con fecha 19 de abril de 2021 el informe del Jefe de Sección de la Unidad de Hombro del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del citado Centro hospitalario, que prestó la asistencia por la que se reclama (informe del servicio presuntamente causante del daño).

- Con fecha 27 de septiembre de 2023, el SIP, siguiendo instrucciones de la Secretaría General, procede al traspaso del expediente al Servicio de Normativa y Estudios, sin emitir su informe, a los efectos de continuar la tramitación. La omisión de este informe, sin perjuicio de lo que después se señalará, no impide la continuación del procedimiento, dada su ausencia de preceptividad.

- Con fecha 31 de octubre de 2023 se traslada a los Centros concertados (...) y (...) la reclamación presentada, al propio tiempo que se recaba la historia clínica de la paciente e informe relativo a la asistencia sanitaria que le fue prestada.

Constan en el expediente los informes del Servicio de Urgencias de (...), que atendió en diversas ocasiones a la reclamante, sin que se acompañen de informe o alegación alguna.

- El 9 de noviembre de 2023 se procede a la apertura del trámite de prueba, en el que se admiten las pruebas documentales propuestas por la interesada y por el propio Servicio Canario de la Salud. Siendo todas las pruebas documentales y obrando ya en el expediente, se declara concluso el trámite probatorio y se acuerda la continuación del procedimiento, lo que se notifica a la reclamante el 14 de noviembre de 2023.

- Con fecha 9 de noviembre de 2023 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia, lo que se notifica a la interesada el siguiente día 14 del mismo mes y año, sin que se presentaran alegaciones en el plazo concedido al efecto.

- El 5 de diciembre de 2023 se elabora por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud Propuesta de Resolución, en la que se desestima la reclamación de la interesada, que es remitida a este Consejo Consultivo para su preceptivo Dictamen.

3. Sobre este asunto ya recayó el Dictamen 24/2024, de 18 de enero, en el que se concluyó en la no conformidad a Derecho de la PR, debiéndose retrotraer las actuaciones a los fines indicados en su Fundamento IV.

En este Fundamento se apreció la necesidad de llamar al procedimiento al Centro concertado Hospital (...) -que también había atendido a la paciente por la dolencia por la que reclama, realizando la segunda intervención quirúrgica-, así como de recabar un informe complementario en el que, a la vista de la historia clínica de la paciente, se concretase la adecuación de la asistencia prestada a la *lex artis*, teniendo en cuenta la patología presentada por la reclamante, las concretas opciones quirúrgicas practicadas y el lapso temporal en que dicha asistencia ha sido prestada.

Todo ello con indicación de que sobre la nueva documentación que se aportase al expediente se ha de otorgar la preceptiva audiencia a los interesados y, una vez concluida la referida tramitación y formulada la necesaria PR (arts. 88 y 92 LPACAP), ésta habrá de ser elevada a este Consejo Consultivo a los efectos de emitir su

dictamen preceptivo en los términos del art. 11.1.D.e) LCCC en relación con el art. 81.2 LPACAP.

4. Tras la recepción por la Secretaría General del SCS del citado Dictamen de este Consejo, se han practicado las siguientes actuaciones:

- Resolución de la Secretaría General del SCS por la que se retrotraen las actuaciones, teniendo como interesado al Centro concertado Hospital (...) y poniendo en su conocimiento que dispone de un plazo de diez días hábiles para proponer los medios probatorios que a su derecho convenga, como presunto responsable de los hechos objeto de reclamación. Se solicita asimismo informe complementario al Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HUNSC, que ofrezca respuesta a los extremos requeridos en el citado Dictamen 24/2024, de 18 de enero.

- Con fecha 31 de enero de 2024 el Centro concertado presenta escrito en el que solicita el expediente administrativo completo relativo a la reclamación presentada, con suspensión del plazo para formular alegaciones.

Estas alegaciones son presentadas con fecha 9 de febrero de 2024, a las que se acompaña la historia clínica correspondiente a la intervención quirúrgica practicada en este Centro el 11 de diciembre de 2017 (segunda de las intervenciones relatadas por la reclamante). En estas alegaciones se concluye que no ha habido actuación negligente alguna en la asistencia prestada a la paciente, quien además fue expresamente informada de que, dada la laxitud que presentaba el hombro izquierdo, podría volver a luxarse en el futuro.

- Con fecha 4 de marzo de 2024 se emite informe complementario por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HUNSC.

- Con fecha 21 de marzo de 2024 se otorga trámite de audiencia a la interesada, quien en el plazo concedido al efecto, presenta escrito en el que se ratifica en su reclamación y comunica que ha solicitado el informe de un perito, con quien tiene cita el 11 de abril de 2024, comprometiéndose a su aportación a la mayor brevedad posible.

Hace constar la Propuesta de Resolución que, transcurrida dicha fecha, no se aporta ninguna documentación o informe, significando que, además, el período probatorio había finalizado el 9 de noviembre de 2023, con notificación al interesado el 14 de noviembre del mismo año.

- Se ha elaborado finalmente, con fecha 16 de abril de 2024, la nueva Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación formulada, y se ha solicitado el preceptivo dictamen de este Consejo.

IV

1. Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, y, por ende, del examen de la concurrencia de los presupuestos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, resulta necesario efectuar una serie de consideraciones respecto a la tramitación del presente procedimiento administrativo.

Y es que, a la vista de la documentación remitida a este Consejo Consultivo, se constata que no figura en el expediente administrativo la evacuación del informe del SIP interesado por el propio órgano instructor, documento que, si bien no es preceptivo en cuanto a su emisión, sí resulta de especial relevancia a la hora de que el órgano instructor pueda formar su criterio respecto al fondo del asunto analizado (art. 79 LPACAP), esto es, la corrección médica -en términos de adecuación a la *lex artis ad hoc*- de la prestación sanitaria dispensada al paciente. En este sentido nos hemos pronunciado en diversos dictámenes de este Consejo consultivo, entre ellos, los recientes Dictámenes 226/2024, de 6 de mayo y 246/2024, de 13 de mayo.

Por otra parte, es preciso señalar que el relato fáctico efectuado en la Propuesta de Resolución se basa en los informes incorporados al expediente, pero éstos no contienen un detalle completo y con visión de conjunto de toda la asistencia, explicable por lo demás dado que solo se refieren cada uno de ellos a la asistencia prestada en el propio Servicio (Servicios de Traumatología del HUNSC y del Centro concertado (...)). Para un análisis completo de la historia clínica y de los distintos informes emitidos por los Servicios intervinientes en la atención al paciente resulta útil y pertinente el informe del SIP, que permitirá determinar la certeza o no de las manifestaciones que realiza la interesada en su escrito de reclamación.

Como hemos señalado en anteriores dictámenes, la evacuación de dicho informe, en puridad, no resulta exigible con carácter general en el curso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Conforme al art. 81.1 LPACAP es preceptivo el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable. Ahora bien, el art. 79.1 del mismo texto legal establece que, a efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos otros informes que sean preceptivos por las

disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, y en este caso, el órgano instructor lo consideró inicialmente necesario puesto que solicitó el informe del SIP el 18 de diciembre de 2020, si bien no fue emitido siguiendo el criterio de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud. Dicho informe ofrece una perspectiva integradora y omnicomprensiva de la asistencia prestada, más allá de la atención concreta llevada a cabo por parte de los distintos servicios implicados en cada caso, cuya incorporación al expediente -la de estos informes-, sí resulta obligada a tenor de lo dispuesto por el art. 81.1 LPACAP. De esta manera se franquea la visión inevitablemente parcial que pudiera resultar si son varios los servicios intervinientes en un mismo asunto.

Además, el informe del SIP permite también suplir las eventuales deficiencias de que pudiera adolecer en su caso alguno de dichos informes, proporcionando una fundamentación adecuada y consistente en apoyo de la propuesta que el órgano instructor venga a formular en los procedimientos de responsabilidad extracontractual cuya tramitación le incumbe.

No obstante, en el presente caso, teniendo en cuenta los motivos en los que se sustenta la reclamación, y vistos los informes de los distintos servicios intervinientes en la atención al paciente, así como la documentación incorporada al expediente tras el anterior Dictamen de este Consejo sobre este asunto se considera que puede emitirse un juicio de adecuación jurídica respecto al tema de fondo.

2. Como hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, el reciente Dictamen 255/2021, de 18 de mayo), según el actual art. 32.1 LRJSP -similar al anterior art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- requisito indispensable para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de 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 de la 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).

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de 28 de marzo de 2007 afirma que «la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, más sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

En materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, el criterio básico utilizado es el de la *Lex Artis*, de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados. La obligación del médico es la de prestar la debida asistencia y no la de garantizar en todo caso la curación del enfermo.

Por ello, la *Lex Artis*, constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos imponiendo al profesional la obligación y el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

3. En el presente caso, la reclamación de responsabilidad patrimonial se fundamenta en la mala praxis del SCS, al habérsele practicado dos artroscopias de hombro sin solucionarse el problema de la luxación recidivante de hombro izquierdo, que según aduce sufre con frecuencia ante el mínimo esfuerzo. Se ha producido en su opinión un tratamiento erróneo que no ha solucionado sus dolencias, si bien consta en la PR -dado que el recurso de reposición presentado no ha sido incorporado al

expediente- que la última de las intervenciones, practicada el 22 de julio de 2020, ha resuelto su problema. Esta intervención consta en la historia clínica de la paciente.

Los informes obrantes en el expediente acreditan la corrección de la actuación sanitaria prestada en cada momento a la paciente, en atención a su edad (paciente joven) y a la dolencia padecida.

Así, el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del HUNSC refiere lo siguiente en cuanto a la atención prestada a la paciente:

Refiere este informe lo siguiente:

«Se trata de una paciente que en el año 2009, sufre episodio de luxación de hombro izquierdo tras caída según refiere, a la edad de 15 años.

En el caso de un paciente joven el tratamiento ante una luxación puede ser de tres tipos que paso a describir

1. En primer caso se puede realizar tratamiento rehabilitador, lo cual complementa a veces a un posterior tratamiento quirúrgico o puede ser definitivo en algunos casos. Y en casos de pacientes muy jóvenes siempre constituye el primer tratamiento a realizar debido al mayor riesgo del tratamiento quirúrgico. En el caso de la demandante en las primera RMN realizadas no se apreciaban lesiones que fueran subsidiarias de tratamiento quirúrgico, y en la exploración clínica se apreciaba inestabilidad multidireccional, por lo que el tratamiento inicial SIEMPRE se aborda desde la rehabilitación.

2. Se puede realizar un tratamiento quirúrgico mediante un abordaje artroscópico en el que se realiza reinserción de las lesiones que se aprecien (rebordado glenoideo anteroinferior así como posterior en el caso que nos ocupa) así como plicatura capsular como gesto asociado en algunos casos.

3. Abordaje quirúrgico mediante abordaje abierto (tope óseo anterior, denominada intervención de Latarjet o tope óseo posterior).

En el caso de pacientes adolescentes, el tratamiento a realizar en este tipo de pacientes de forma inicial es tratamiento conservador. Se añade como referencia bibliográfica el texto de Roockwood " El hombro" Edición 5ª Edición en su edición traducida al castellano de 2019, dicho texto constituye la referencia mundial para cirujanos de hombro desde 1990 y que en la página 522 del mismo cita textualmente.

"La intervención quirúrgica está reservada para adolescentes con lesiones óseas de Bankart significativas, aquellos que experimentan luxaciones recurrentes, aquellos que fracasan en el manejo conservador y aquellos que participan en deportes competitivos con uso del brazo por encima de la cabeza."

Es por ello que una vez que se consideró que el tratamiento conservador no había resuelto del problema que la paciente presentaba se decidió tratamiento quirúrgico, asumiendo además que el realizar tratamiento quirúrgico en un paciente en periodo todavía de desarrollo (la paciente tenía 15 años en el momento de sufrir la lesión) puede tener repercusiones sobre el crecimiento futuro de la paciente, y por ello siempre es preferible demorar todo acto quirúrgico que no sea absolutamente imprescindible.

Siguiendo con la cita bibliográfica: "Aunque muchos cirujanos continúan utilizando técnicas quirúrgicas abiertas para la reparación de la inestabilidad (particularmente en presencia de lesiones óseas grandes, tejido de mala calidad o ajustes de revisión}, los avances en la fijación artroscópica y la instrumentación han hecho que la artroscopia sea más deseable para muchos pacientes y cirujanos. Los adolescentes y adolescentes atléticos tienen buenos resultados luego de estabilización artroscópica, con reportes de 87% que regresan a deportes competitivos. Sin embargo es importante señalar que la tasa de inestabilidad recurrente es más alta en pacientes más jóvenes que en adultos, particularmente en aquellos con laxitud ligamentosa, episodios de inestabilidad múltiple y lesiones de Hills Sachs"

En la paciente que nos ocupa se trata de una paciente con inestabilidad múltiple o multidireccional, definida por la presencia de luxaciones en 2 o más direcciones, ya que presenta episodios de luxación anterior (compatibles con el episodio traumático previo) así como posterior compatibles con la presencia de hiperelasticidad propia de mujeres jóvenes. El test de ISIS descrito por Boileau (referente mundial en la cirugía del hombro) permite predecir que en pacientes jóvenes (primer episodio antes de los 20 años, presencia de lesión de Hills Sachs, sexo femenino) la tasa de recurrencia de recidiva de luxación es mucho más alta de la esperada en la población adulta que no presenta dichas características.

En la paciente que nos ocupa se trata de una paciente con inestabilidad múltiple o multidireccional, definida por la presencia de luxaciones en 2 o más direcciones, ya que presenta episodios de luxación anterior (compatibles con el episodio traumático previo) así como posterior compatibles con la referida hiperelasticidad propia de mujeres jóvenes (SIC).

El test de ISIS descrito por Boileau (referente mundial en la cirugía del hombro) permite predecir que en pacientes jóvenes (primer episodio antes de los 20 años, presencia de lesión de Hills Sachs, sexo femenino) la tasa de recurrencia de recidiva de luxación es mucho más alta de la esperada en la población adulta que no presenta dichas características (SIC).

Es por ello que en algunos pacientes se realiza la intervención de Latarjet mediante cirugía abierta, que consiste en la colocación de un tope óseo anterior para evitar el componente anterior en dicha luxación, esta técnica a priori, presenta una tasa de recidiva menor pero también es cierto que pasado un tiempo puede ser más artrogénica, es decir, los pacientes sometidos a este tipo de intervención pueden desarrollar artrosis con mayor probabilidad que aquellos en los que se realiza artroscopia.

La realización de una cirugía artroscópica no cierra a la posibilidad posterior de una cirugía abierta y es por ello que se decide en muchos casos, realizar este tipo de técnica previa a la posible cirugía abierta, siempre siendo decisión del propio paciente la técnica a realizar tras explicarle riesgos y beneficios de ambas técnicas.

En este caso coexisten episodios de luxación con episodios de inestabilidad, lo cual evidentemente produce discomfort así como limitaciones en su vida habitual tanto laboral como deportiva, por lo que en realidad se trata de dos problemas distintos que se presentan simultáneamente.

En las sucesivas artroscopias que se han realizado se realizan reinserciones de complejo capsulo labral tanto en reborde glenoideo anterior como posterior.

En cuanto a la afirmación de que se le había sugerido que precisara en el momento actual una prótesis de hombro, es absolutamente incorrecta, toda vez que proponer dicha técnica a una paciente de estas características no está indicado bajo ningún concepto».

Estas conclusiones se alcanzan igualmente en el posterior informe del mismo Servicio de 4 de marzo de 2024, emitido a requerimiento de este Consejo, en el que se indica:

«Se trata de una paciente en seguimiento por parte de RHB y COT desde 2009 por presentar episodios de inestabilidad multidireccional en hombro izdo a la que se propone para CAH izda en 2011.

En febrero de 2012 se realiza ingreso para tratamiento quirúrgico que se suspende por crisis asmática (la paciente requirió varios ingresos posteriores por dicha patología) siendo intervenida en Octubre 2012 mediante artroscopia de hombro izquierdo en la que se aprecia lesión de Bankart por lo que se realiza plicatura capsular y reinserción de rodete glenoideo con 3 anclajes Biosuture Tak.

Se trata de una lesión compleja que combina 2 problemas, por un lado la inestabilidad multidireccional debida a que presenta una hiperelasticidad y por otro lado una inestabilidad traumática, de ahí que presente lesión de Bankart.

En el postoperatorio de dicha cirugía la paciente refiere episodios que concuerdan con inestabilidad por lo que se propone continuar tratamiento RHB.

La paciente fue intervenida nuevamente en julio 2020, realizándosele nuevamente capsulorrafia y reinserción capsular con 3 implantes (4 suturas).

Debido a la persistencia de la sintomatología a la paciente se le propone una nueva cirugía consistente en la colocación de un tope óseo ya que predomina el componente de inestabilidad posterior, siendo rechazada este tipo de cirugía por parte de la paciente.

En el caso de pacientes con inestabilidad multidireccional se trata de pacientes muy jóvenes por lo que los gestos quirúrgicos deben de ser muy conservadores ya que se puede convertir un hombro inestable en un hombro doloroso de difícil resolución».

Por último, por lo que se refiere a la segunda intervención practicada el 11 de diciembre de 2017, el Hospital (...) afirma que no existió actuación negligente alguna, exponiendo en su escrito de alegaciones, entre otros extremos y con fundamento en la historia clínica incorporada al expediente, lo siguiente:

- La paciente, con fecha 3 de octubre de 2017, fue informada por el Servicio de Traumatología, y así consta en la historia clínica, de que dada la laxitud que presentaba en el hombro izquierdo, podría volver a luxarse en el futuro, firmando el documento de consentimiento informado. De hecho, desde por lo menos, el año 2012, conoce la paciente que, dada su clínica, podía presentar recidivas de las luxaciones y así se acredita en el consentimiento informado de la intervención de 7 de febrero de 2012, que recoge entre las posibles complicaciones «*k) recidiva de las luxaciones*».

- La intervención practicada transcurrió sin incidencias, recibiendo el alta al día siguiente, con indicación de que podía seguir los controles en consulta externa de traumatología sin complicaciones. Asimismo, se le indicó que debía tener el brazo inmovilizado en cabestrillo por un periodo de un mes.

- El 20 de diciembre de 2017, la paciente acudió al hospital, donde se le retiraron las grapas y se le indicó que comenzaría con la rehabilitación.

- El 15 de enero de 2018, llevaba 10 sesiones de rehabilitación, la misma presentaba un balance articular pasivo libre y un balance muscular. Se le pautaron 15 sesiones de rehabilitación más.

- El 7 de febrero de 2018, la paciente llevaba realizadas 18 sesiones, persistiendo la limitación articular a la rotación interna, con poca fuerza. Debido a la clínica que presentaba la paciente se le indicó seguir con 15 sesiones más de rehabilitación, concretamente ejercicios de propiocepción.

- El 1 de marzo de 2018, la paciente volvió acudir al hospital, presentando un balance articular libre y un balance muscular 5/5 (es decir, en este momento presenta un balance muscular con fuerza completa).

- El 30 de mayo de 2018, acudió a urgencias del hospital (...) refiriendo que el día anterior al realizar un movimiento sufrió una nueva luxación de hombro, que ella misma recogió. Consta en la historia clínica que la paciente mejoró después de la

medicación. Se colocó Sling2 para inmovilización y reposo, recomendándose que se le valorara por su médico tratante.

- Finalmente, el 24 de octubre de 2018, la paciente acudió al hospital, donde queda constancia que se le había vuelto a luxar el hombro en dos ocasiones. Como consecuencia de lo anterior se le recomendó realizar una intervención quirúrgica de tope óseo (Laterjet3).

4. En definitiva, los señalados informes permiten concluir que la asistencia sanitaria prestada a la paciente fue adecuada a la *lex artis*, tanto en lo que se refiere a la técnica quirúrgica empleada como en cuanto al deber de prestar información a la paciente que le permitiera conocer los riesgos propios de la intervención, así como la posibilidad de recidivas.

Así, por lo que se refiere al tratamiento adecuado en un paciente joven, el informe del Servicio de Traumatología del HUNSC aborda las opciones posibles (rehabilitación, tratamiento quirúrgico mediante abordaje artroscópico o bien mediante abordaje abierto), indicando como tratamiento de primera elección el rehabilitador, que fue precisamente el pautado en este caso, al advertirse además que en las primeras RMN realizadas no se apreciaban lesiones que fueran subsidiarias de tratamiento quirúrgico, y que en la exploración clínica se apreciaba inestabilidad multidireccional. Por ello, una vez constatado que este tratamiento inicial no había resuelto el problema se decidió el tratamiento quirúrgico mediante artroscopia -dada la edad de la paciente- y no mediante cirugía abierta (colocación de un tope óseo), ante el mayor riesgo de desarrollar artrosis.

Además, se ha acreditado que las recidivas posteriores no han sido consecuencia de los actos quirúrgicos, sino de las propias características de la paciente, con inestabilidad múltiple o multidireccional, definida por la presencia de luxaciones en 2 ó más direcciones, ya que presenta episodios de luxación anterior (compatibles con el episodio traumático previo sufrido a los 15 años) así como posterior, compatible con la hiperelasticidad propia de mujeres jóvenes.

Por último, constan en el expediente el documento de consentimiento informado firmado por la paciente en el HUNSC con ocasión de la primera intervención practicada el 26 de octubre de 2012, en el que entre las complicaciones descritas figura las *recidivas de las luxaciones*. Asimismo, la paciente, con ocasión de la segunda intervención en el Hospital (...), recibió por parte del facultativo información de la posibilidad de concreción de este riesgo, de lo que dejó constancia

en la historia clínica, firmado también el documento de consentimiento informado. La paciente por tanto era conocedora de la posibilidad de sufrir nuevas luxaciones a pesar de haberse practicado la intervención y de que ésta fuera practicada de manera correcta.

Procede concluir en consecuencia que la asistencia sanitaria prestada se ha ajustado a la *lex artis*, por lo que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños reclamados por la interesada.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación se considera conforme a Derecho.