Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 0 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 6 de junio de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. 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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 259/2024 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.

2. Ha de advertirse que, si bien el reclamante no cuantifica la indemnización solicitada [ni en la reclamación inicial que presenta, ni a lo largo de la tramitación del procedimiento administrativo], la Administración sanitaria ha solicitado el presente dictamen; por lo que se ha de presumir que el importe de la indemnización que pudiera corresponderle, en su caso, superaría los seis mil euros, tal y como hemos interpretado en anteriores ocasiones [v.gr., Dictámenes 361/2015, de 3 de octubre, 43/2019, de 13 de febrero, 155/2019, de 29 de abril o 493/2021, de 14 de octubre].

Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación de la Sra. Consejera 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

[*] **Ponente: Sr. Pérez Hernández.**

la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -citada en adelante como LPACAP-.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resulta de aplicación la citada LPACAP; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -en adelante, LRJSP-; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 [B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015] de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con 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.

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

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

5.2. La legitimación pasiva 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 en donde fue dispensada la prestación médica al paciente -por cuenta del Servicio Canario de Salud a través de la figura del concierto sanitario-.

Como se ha manifestado en numerosos dictámenes de este Consejo Consultivo [DDCC 31/1997, de 20 de marzo; 554/2011, de 18 de octubre; 93/2013, de 21 de

marzo; 154/2016, de 16 de mayo y 48/2017, de 13 de febrero, 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 éste, entonces estará 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, está legitimado pasivamente el centro sanitario privado concertado. Estas razones explican que el instructor haya llamado a éste al procedimiento -en su calidad de presunto responsable del daño alegado- y le haya dado vista del expediente y trámite de audiencia.

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción (art. 67.1, párrafo primero LPACAP), circunstancia ésta que no es puesta en entredicho por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

7. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente [art. 21 LPACAP].

II

1. El reclamante interesa la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a ser indemnizado 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 centro sanitario concertado *(...).*

En este sentido, el perjudicado fundamenta su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -folios 4 y ss.-:

«PRIMERO. El dicente es intervenido quirúrgicamente en fecha 09.02.2019 por el Servicio de Traumatología del Hospital (...), por concierto con el SCS, practicándose una reparación de rotura de espesor total del supraespinoso izquierdo a través de artroscopia.

SEGUNDO. En la revisión postoperatoria efectuada el 12.03.2019 se prescribe tratamiento rehabilitador por su traumatólogo con el siguiente protocolo en fases:

1. Analgésica, antiinflamatoria y descontracturante.

2. Movilizaciones pasivas hasta grados intermedios en todos los planos (No abducción hasta los 3 meses del postoperatorio).

3. Recuperación del arco de movilidad articular pasivo y activo asistido.

El dicente inicia el tratamiento rehabilitador el 15.03.2019, no obstante, no se siguen las fases fijadas por el traumatólogo:

En la sesión de fecha 18.03.2019 se le realiza una "CST en activo ABO y flexión hasta 90".

En la sesión de fecha 20.03.2019 consta "muy dolorido al masaje de la inserción de los manguitos, corredera bicipital y toda la zona deltoidea".

En fecha 26.03.2019 el dicente es nuevamente valorado por su traumatólogo quien indica que se continúe con la rehabilitación según el protocolo indicado.

En fecha 27.03.2019 se realiza sesión que consiste en "dos movilizaciones asistidas llegando aprox. a 150º y grita de dolor".

Ante los incumplimientos reiterados del protocolo de rehabilitación fijado y la torpe evolución del tratamiento de fisioterapia, se suspende la rehabilitación en fecha 29.03.19.

TERCERA. En fecha 16.04.2019 el dicente es revisado nuevamente por su traumatólogo quien refiere: "paciente que acude a revisión tras 2 meses (...) el cual refiere presentar reaparición del dolor a nivel axilar y en cara lateral del brazo izq. con "disestesias hasta los dedos de la mano, herida operatorias, ok, movilidad activa y pasiva "dolorosa".

En fecha 04.04.2019 se realiza RM que indica "rotura iterativa completa del tendón del supraespinoso. Desgarro del tendón subescapular. Derrame articular".

CUARTO. Finalmente, tras sucesivas revisiones traumatológicas en fecha 16.07.2019 se indica "no realizar actividades forzadas con MSI., solo actividades funcionales de aseo personal, alimentación y vestirse con dicho MSI." y se deriva a Unidad de Raquis.

En fecha 15.11.2019 se diagnostica "Rotura manguito rotador hombro izd. Y cervicalgia bilateral" pautándose nuevamente rehabilitación.

QUINTO. En base a lo expuesto, considera el dicente que nos encontramos ante una inadecuación de las técnicas de fisioterapia realizadas por incumplimiento del protocolo de recuperación articular establecido por el médico traumatólogo.

Dicha inadecuación implica una pérdida de oportunidad para el dicente al no poder disponer de más probabilidades y expectativas de éxito para su recuperación, por lo que se ha producido un quebrantamiento de la Lex Artis ad hoc».

2. El perjudicado no cuantifica el importe de la indemnización pretendida.

III

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

1. Mediante escrito con registro de entrada en el Servicio Canario de la Salud el día 21 de febrero de 2020, (...) 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 prestada al reclamante en el centro privado concertado *(...)*.

2. Con fecha 26 de febrero de 2020 se requiere al interesado a fin de que subsane y mejore la reclamación formulada.

3. Con fecha 13 de marzo de 2020 el reclamante presenta escrito aportando « (...) resolución del INSS acordando el reconocimiento de la prórroga de efectos del proceso de Incapacidad Temporal de fecha 12.02.2019».

4. La reclamación formulada por el paciente es admitida a trámite mediante Resolución de 3 de abril de 2020, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, 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 al reclamante.

5. Con fecha 7 de noviembre de 2023 el órgano instructor acuerda dar traslado, en los siguientes términos, de las actuaciones practicadas al centro sanitario concertado *(...)*:

«Por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se está tramitando el expediente de responsabilidad patrimonial n.º 29/20 formulado por (...), por la asistencia sanitaria prestada por ese centro hospitalario en virtud del concierto sanitario. A tal efecto, le damos traslado del expediente por resultar interesado en el mismo, para que en el plazo de 10 días hábiles, pueda comparecer y proponer los medios probatorios que estime convenientes en defensa de sus intereses».

Dicho oficio es notificado al centro sanitario concertado con fecha 19 de febrero de 2024.

6. Con fecha 21 de febrero de 2024 se persona en las actuaciones el representante del centro sanitario concertado, aportando el informe del Servicio de Traumatología confeccionado por el Dr. (...)

7. Con fecha 1 de marzo de 2024 se dicta acuerdo probatorio por el que se admite a trámite la prueba documental y pericial aportada por el reclamante; se inadmite *« (...) la prueba consistente en emisión del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, al obrar en el expediente el informe del servicio causante de la presunta lesión indemnizable»*; y se incorporan -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción [entre ellos, los informes evacuados por los Servicios de Traumatología, Rehabilitación y Fisioterapia del Hospital (...) -folios 84 y ss., y 209 a 213].

Asimismo, y con idéntica fecha, se acuerda la apertura del preceptivo trámite de audiencia.

Ambas resoluciones constan debidamente notificadas al reclamante y al centro sanitario concertado.

8. Una vez transcurrido el plazo legalmente otorgado a tal efecto, no consta la presentación de escrito de alegaciones por parte de los interesados.

9. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [según se justifica en 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 23 de abril de 2024 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...) al *« (...) no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración»*.

11. Mediante oficio de 26 de abril de 2024 [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 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCC].

IV

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

En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

1.1. 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, con cita profusa y precisa de jurisprudencia, como puede verse :

«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 también 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)».

1.2. 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 médicos que obran en las actuaciones -art. 88.6 de la LPACAP-] cuanto se expone a continuación -folios 236 y ss.-:

« (...) El reclamante, intervenido en el Hospital (...), centro concertado del Servicio Canario de la Salud, considera, que se ha producido una inadecuación de las técnicas de fisioterapia realizadas con incumplimiento del protocolo de rehabilitación articular establecido por el médico traumatólogo, produciéndose una pérdida de oportunidad en su recuperación.

Por lo tanto, se cuestiona la corrección de la técnica empleada por el Servicio de Rehabilitación y Fisioterapia, estableciendo que existe un relación entre la reintervención que le fue practicada y la sesiones de rehabilitación que recibió.

El informe del Servicio de Rehabilitación, señala que el paciente acude a la primera visita de Rehabilitación el 15/03/2019, 35 días tras la intervención programada del hombro izquierdo vía artroscópica. Dada la exploración física descrita, el paciente presenta en esta primera visita un balance articular de forma activa que supera los 90º y libre de dolor excepto en la rotación externa en sus últimos 10º. El programa de tratamiento de fisioterapia que se aplica al paciente recoge las técnicas adecuadas e indicadas en el tratamiento rehabilitador postquirúrgico de la cirugía reparadora de lesión de manguito rotador, así como atendiendo a la cronología de la lesión ya situada, cuando acude a su primera sesión de fisioterapia, en su 6ª semana postquirúrgica.

El tratamiento rehabilitador queda reflejado en la ficha o tratamiento de fisioterapia, donde entre otros, la cinesiterapia (CST) se ha realizado de forma pasiva o activa asistida,

respetando siempre que el rango de movimiento no produzca dolor. En este caso el paciente tolera de forma activa los rangos intermedios hasta 90º. La cinesiterapia, ya asistida por la fisioterapeuta, logra realizar y tolerarla sin dolor superando los 90º.

De las 20 sesiones que se dan inicialmente para este proceso, el paciente solicita revisión en consulta el día 29/03/2019, habiendo agotado 8 sesiones. Refiere dolor en cara interna del brazo izquierdo de 3 días de evolución que relaciona a un chasquido que notó mientras se realizaba la cinesiterapía el día 26/03/2019. Además, el paciente refiere que ese mismo día acudió a consulta con el traumatólogo y que le ha solicitado unas RM de control. En la exploración física, el paciente no presenta modificaciones significativas en el rango de movimiento llegando, de forma libre, a más de 90º de flexión y abducción. Dada la persistencia de dolor de hombro recurrente descrito decido suspender temporalmente el tratamiento rehabilitador hasta nueva valoración de traumatología con resultados de RM de control postquirúrgico.

En relación con lo expuesto, el informe del Servicio de Traumatología señala que el paciente a la 1º visita de RBH el 15.03.19 refiriendo encontrarse muy bien y presentando un balance de forma "activa" que superaba los 90º y libre de dolor, excepto en la RE en últimos 10º, incumpliendo el mismo las recomendaciones de limitación de la movilidad activa en el hombro. El rehabilitador recomienda cinesiterapia de forma pasiva y activa asistida, respetando en todo momento el rango de movimiento que no produce dolor como se puede comprobar en la hoja de rehabilitación.

Por lo tanto, ambos especialistas coinciden en afirmar que en las sesiones de rehabilitación no se emplearon técnicas inadecuadas, de hecho, según consta en la Historia Clínica, el informe del Servicio de Rehabilitación (Dra. (...)) de fecha 27.11.19 el balance articular "activo" del hombro izquierdo es de flex 150º, ABD 150º, mano nuca y L5, pasivo libre, balance muscular 4+/5 salvo ABD resistida 4/5 cuya valoración es similar a la del alta médica, con limitación en los últimos grados de movilidad del hombro.

Por tanto, la situación del hombro en marzo de 2019 y en noviembre de 2019 es en cuanto movilidad, prácticamente la misma, siendo un hecho objetivo que la rehabilitación pautada no produjo ningún daño al paciente.

En relación con este punto el informe del Servicio de Traumatología aclara que el dolor que refiere el paciente en un dolor axilar y en la cara lateral del brazo con disestesias hasta los dedos de la mano que tras la realización de RM se atribuye a la discopatía cervical desde la C3 al C7.

Por ello, el informe del Servicio de Traumatología razona que, según el informe del perito médico de parte, ve correlación entre el tratamiento rehabilitador y la rotura tendinosa, aunque en su informe obvia lo más importante, que es la exploración del paciente, en que se refiere a la no ABF hasta tres meses postoperatorio como causa de la misma, pero no se refiere a la activa, que sería la restringida hasta ese momento y en la

historia clínica en el informe del rehabilitador y la fisioterapéuta se refiere que el paciente ya acude a la primera visita con movilidad activa del flex y ABD de más de 90º y siendo el tratamiento que se instaura pasivo y activo asistido más autopasivos, por lo que es muy improbable que la lesión se haya producido en la rehabilitación.

El dolor que refiere a las 9 semanas tras la cirugía es a nivel axilar y cara lateral del brazo con disestesias, síntomas que no corresponden con la lesión de hombro y sí con la sintomatología cervical que el 14.05.19 en consulta el paciente reconoce haber mejorado notablemente y algia continua en hombro izquierdo.

Si bien al reclamante se le diagnostica una nueva rotura, el citado informe señala que los pacientes con lesiones severas y crónicas en el hombro pueden tener roturas reiterativas y el tratamiento de reparación de las mismas en muchos casos es cirugía previa para evitar en paciente de mediana edad el ser intervenido mediante tratamiento protésico inicial y no veo clara la relación entre la rerotura con el tratamiento rehabilitador, ya que no se necesita un traumatismo de alta energía para dicha rotura y se puede producir en diversas circunstancias.

Cabe señalar que en el consentimiento informado formalizado por el paciente se indica como complicación más frecuente de este tipo de intervenciones el fracaso de la sutura de los tendones que puede hacer necesaria una nueva intervención (folio 95), por tanto, podemos pensar que la rerotura no fue consecuencia del tratamiento rehabilitador sino una complicación descrita para este tipo de intervenciones de la que el interesado fue informado con anterioridad.

En cuanto a la evolución del paciente, señala el informe del Servicio de Traumatología que ha sido favorable, pues partimos de una valoración prequirúrgica de 90º de flexoextensión, una RE 45º a 90º y RI hasta L5 y al final del proceso presenta según los informes del Servicio de Rehabilitación del Hospital Insular una limitación en los últimos grados del arco de movilidad.

El reclamante considera que se ha producido una pérdida de oportunidad en su curación.

La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento,

pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente (FD 7º).

Analizado el caso que nos ocupa, no se objetiva que la actuación médica privara al paciente de determinadas expectativas en su curación, puesto que como ha quedado justificado la evolución del paciente ha sido favorable, tal y como consta en los informes del Servicio de Rehabilitación, siendo la rerotura producida una complicación propia de la intervención, tal y como se describe en el consentimiento informado, sin que pueda atribuirse a las sesiones de rehabilitación que, como ha quedado acreditado, se realizaron respetando que el rango de movimiento no causara dolor».

Argumentos que se comparten y que determinan la imposibilidad de apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria. Parece conveniente hacer notar como singularmente destacable, a juicio de este Consejo, la atribución del dolor que el reclamante refiere en varias ocasiones, y que el informe transcrito no ignora ni desdeña, a una patología distinta de la que motivó la actuación que se reclama en este expediente, y que es -esa otra patología- constatada mediante pruebas de resonancia magnética (abreviadamente RMN), lo que revela la atención prestada al análisis de lo descrito por el reclamante y de los tratamientos que le han sido dispensados.

2. En conclusión, habida cuenta de que, por una parte, el reclamante no ha aportado medios de prueba con virtualidad suficiente para sostener la reclamación que promueve [arts. 77.1 LPACAP en relación con el art. 217 LEC]; y de 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.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...) se entiende que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este borrador de proyecto de dictamen.