



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de enero de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 592/2018 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen es la Propuesta de Resolución del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, firmada el 6 de diciembre de 2018, con registro de salida el 11 de diciembre de 2018 y registro de entrada en este Consejo Consultivo el 11 de diciembre de 2018, de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS), tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dada la cuantía reclamada que asciende a 12.707,77 euros, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarla el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

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

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

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

4. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma y la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

También son aplicables 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; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

5. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de (...), la cual reclama en su propio nombre, al haber sufrido daños personales por la presunta actuación negligente del Médico de Familia del Centro de Salud del Doctoral, perteneciente al SCS el día 1 de agosto de 2017 (art. 4 LPACAP).

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues se presentó el 24 de febrero de 2017, habiéndose producido los hechos por los que se reclama el día 3 de agosto de 2.016 (art. 67 LPACAP).

II

La interesada presenta reclamación el 24 de febrero de 2017 en la que expone los siguientes hechos:

«PRIMERO. Que la dicente acude por primera vez al servicio de urgencias del CAE de Doctoral el día 12 de julio de 2016, debido a que la pierna izquierda y el dedo meñique de la misma se me habían hinchado. En ese momento me prescriben antibióticos y curas diarias con mi enfermera.

SEGUNDO. Que el día 15 de julio se me realiza cura del 5º dedo del pie izquierdo. El día 18 de julio de 2016, me aparece un agujero en el dedo, viéndose claramente el hueso. La enfermera que me realizaba la cura todos los días me comenta que es una fractura y que esa

úlceras se me curarían con el tiempo. Así que continué realizándome las curas diariamente en mi centro de salud.

TERCERO. Que el día 25 de julio de 2016, acudo a consulta de mi médico de cabecera (que estaba de vacaciones) y soy atendida por la Doctora (...), quien tras valorarme, solicita que se me realice una prueba de circulación.

Dejar constancia que yo seguía asistiendo todos los días a realizarme mis curas con mi enfermera.

CUARTO. Que el día 1 de agosto de 2016 acudo a consulta de mi médico de cabecera, que continuaba de vacaciones, por lo que fui atendida por el Dr. (...), esta vez fui remitida por mi enfermera (...), porque no apreciaba mejoría, sino un empeoramiento de mi lesión.

Que el Dr., no se preocupó en explorarme, fue mi hija quien destapó la herida para mostrársela al médico. Y lo que hace es prescribirme nuevamente antibióticos y que si no mejoraba en una semana, que acudiera al centro para remitirme al Hospital.

QUINTO. Quiero destacar que en ningún momento, a pesar de mis antecedentes clínicos, se me realizó prueba diagnóstica alguna, como una simple Radiografía, para comprobar si realmente era una fractura.

SEXTO. Que ante esta situación, finalmente mi hija preocupada, no espera una semana, y me lleva a un centro privado, en el que me diagnostican una úlcera del 5º dedo del pie izquierdo, con fistulización a cara externa, exteriorización del hueso que al manipular el Doctor mientras me realizaba la exploración (que nunca me realizaron en mi centro de salud), se desprende la parte proximal de la falange. Destacar que aquí sí me realizan una Radiografía del pie, en el que se observa una destrucción de la articulación interfalángica proximal. Por la que fui intervenida finalmente.

SÉPTIMO. Que por todo lo referido, puse una reclamación en Gerencia de Atención Primaria, Área de Salud de Gran Canaria el día 23 de septiembre de 2016. De la que recibo respuesta de fecha 11 de octubre de 2016, donde poco menos, me comentan que por la patología que sufro, esa es la evolución. Al respecto, comentarles que el Dr. (...) me vio el día 1 de agosto y yo acudo al centro privado dos días más tarde, el día 3; no por empeoramiento, sino porque no había mejoría. Que la evolución era la misma. Y que en ningún momento solicité una simple Radiografía del pie, por lo que no fui valorada correctamente para saber si era una circunstancia que requería una actuación urgente.

OCTAVO. Como consecuencia de todo lo expuesto en los siete primeros puntos. Considero que el servicio prestado no ha sido el correcto».

III

1. 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, aun 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).

2. Constan las siguientes actuaciones:

1.- Reclamación de responsabilidad patrimonial por deficiente actuación médica presentada el 24 de febrero de 2017.

2.- El 14 de marzo de 2017 se requirió a la interesada con objeto de que mejorase su reclamación inicial lo cual efectuó mediante escrito de 23 de marzo de 2017.

3.- Mediante Resolución del Director del SCS de 27 de marzo de 2017 se admite a trámite la reclamación y se solicita al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) que, a la vista de la historia clínica de la interesada y de los informes preceptivos correspondientes, emita informe. Dicha Resolución se notifica a la interesada con fecha 3 de abril de 2017.

4.- El 2 de marzo de 2017, el SIP emite informe (folios n.º 62 y ss.) que acredita - a la vista de la historia clínica de la interesada y de los informes preceptivos correspondientes- la siguiente sucesión cronológica de hechos:

- Antecedentes: Diabetes Mellitus tipo 2, desde 1986, reflejándose como complicaciones de la misma monouritis y retinopatía. Hipertensión arterial. Hipotiroidismo. Presenta problemas de dolor, deformidad, úlceras en ambos pies, al menos desde 1996.

- El 12 de julio de 2016, acude al Servicio de Urgencias del Centro de Salud El Doctoral, por callo en dedo 5º del pie, herida lateral e inflamación. En la exploración celulitis pie izquierdo. Pie diabético. Se prescribe Amoxicilina- Ácido Clavulánico y se indica curas locales.

- No acude el 13 de julio, sí el 14 de julio de 2016.

- El 15 de julio de 2016, acude a sala de curas (Enfermería). Herida traumática por abrasión, con signos de inflamación, maceración. Programada cura cada 48 h. Se realiza desbridamiento cortante cada 48 h. Se describe cura 5º dedo pie izquierdo. Zona interdigital completamente abierta, tiene un punto con esfacelos y un punto

drenado seroso. Zona uña desbridada, ese día piel macerada. En la zona externa tenía un gran callo, por donde se empezó a ver la úlcera que se cae por la maceración.

- El 19 de julio de 2016 en la cura se describe: Dedo bastante hinchado. Mejor aspecto. Pequeña úlcera en zona interdigital que se desbrida. Tiene apariencia de estar dedo roto, se observa hueso en la herida. En la zona exterior donde tenía un callo también pequeña úlcera, menor que la interdigital, con esfacelos, que se desbrida. Resto del dedo con piel regenerada, rosada, limpia. Pendiente de ser valorada por su médico.

- El 21 de julio de 2016, nueva cura, bajo diagnóstico de pie diabético.

- El 25 de julio de 2016, es valorada por su Médico de Familia, por eritema en la zona de la úlcera. Se indica antibioterapia. Refiere la reclamante y el propio médico, que se le indicó que si no mejoraba en una semana, acudiera, nuevamente, para remitirle al hospital.

- Nuevas curas en las fechas 27 y 29 de julio de 2016 y 1 de agosto de 2016.

- En fecha 1 de agosto de 2016 es valorada por Médico de Familia por eritema en zona de la úlcera. Se indica antibioterapia.

- El 3 de agosto de 2016, acude al Hospital Policlínico (...), bajo el motivo de pie diabético. En la exploración, pulso pedio presente, úlcera en cara interna del 5º dedo del pie izquierdo con fistulización a cara externa, exteriorización del hueso que al manipularlo se desprende de la parte proximal de la falange. En Rx: destrucción de la articulación interfalángica proximal (folio n.º 55).

En la misma fecha se practica desbridamiento y ostectomía: Ampliación proximal de la úlcera en cara externa del 5º dedo. Disección del periostio engrosado y edematoso. Osteotomía por zona aparentemente sana. Desbridamiento articular y eliminación de restos capsulares. Lavado de cavidad. Cierre parcial de la herida y fístula en cara interna del dedo.

Diagnóstico: Osteomielitis de articulación interfalángica proximal del 5 dedo de pie izquierdo. Causa alta el 4 de agosto de 2016. Entre el tratamiento recomendado: Amoxicilina/ Ácido Clavulánico 875, cura programada (folio 55).

- El 5 de agosto acude a control evolutivo postoperatorio. Se describe excelente estado general. Signos de la arruga positivo. Excelente estado de la cirugía. Sutura conservada sin problemas. Dedo casi sin celulitis. Se realiza cura.

- El 8 de agosto de 2016, en control, el estado de la herida se describe excelente. Resultado del cultivo positivo a *Morganella morganii* y *Staphylococcus aureus*. Se cambia la cobertura antibiótica.

- En fecha 9 de agosto de 2016, acude a Enfermería en Centro de Salud para ITB. Arteriopatía normal- ITB 0,91- 1,29. Pulso en arteria poplítea y pedia y disminuido en arteria tibial posterior.

- El 18 de agosto de 2016, acude al Hospital (...) -Unidad del pie diabético- con excelente estado del dedo, no celulitis, sólo algo de edema en la pierna. Ampolla por roce con calzado en el dorso del pie.

- El 25 de agosto se describe bien y cerrado al igual que el 25 de agosto, 14 de septiembre y 29 de septiembre de 2016.

- El 27 de septiembre de 2016, acude a su Médico de Familia, refiriendo contusión hace 15 días. Onicomycosis en uña del primer dedo del pie derecho. Dolor a la palpación de cara anterior de tobillo y cara lateral de rodilla. Movilidad limitada por dolor. Se solicita Rx.

- Nueva revisión el 28 de noviembre de 2016, en el Hospital (...). Todo cerrado. Se programa para revisión en 6 meses, salvo nuevo problema.

- El 31 de enero de 2017, hematoma subungueal 2 dedo pie derecho.

- El 10 de marzo de 2017, se deriva a Enfermería por el Médico de Familia para retirada de costra necrótica en MID.

5.- El 19 de octubre de 2017, se dicta Acuerdo Probatorio admitiendo los siguientes medios probatorios:

Por parte de la interesada:

1.- Documental:

- Informe postquirúrgico del Hospital Policlínico (...).

- Historial Clínico del Centro de Salud.

- Informes aportados por la interesada desde el inicio del procedimiento.

2.- Informe Pericial. Si bien, conferido el plazo de un mes para su aportación, la interesada no aporta informe alguno.

3.- Testifical del Dr. (...) del Hospital (...) (folios n.º 322 y ss.).

Por parte del SCS:

- Informe del SIP de 2 de marzo de 2018 (folios n.º 62- 79).

- Historia clínica de Atención Primaria y del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria.

- Informe del Servicio de Urgencias del Centro de Salud El Doctoral y del médico de dicho centro, de 13 de mayo de 2017 (folios n.º 82 y 83).

El 4 de julio de 2018, se le notifica a la interesada, Acuerdo Probatorio.

6.- Finalmente, el 24 de septiembre de 2018, se da trámite de audiencia a la interesada a fin de que en el plazo de diez días hábiles pueda acceder al expediente y alegar lo que a su Derecho convenga. El 5 de octubre de 2018 comparece en las dependencias de la Secretaría General del SCS en Las Palmas para acceder al expediente y retirar determinada documentación (folio n.º 332). En el plazo conferido al efecto y a día de hoy no presenta escrito de alegaciones ni documentación alguna.

7.- Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, se emitirá informe preceptivo en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, únicamente, sobre cuestiones que no se hayan resuelto previamente.

Esta reclamación solicita una indemnización por responsabilidad patrimonial por mala praxis en la actuación del SCS, consistente en la demora en la remisión al especialista y, por lo tanto, demora también en administración del tratamiento correcto, viéndose la paciente obligada a acudir a los servicios sanitarios privados para evitar lesiones mayores, asumiendo su coste económico. Esta cuestión, es decir la solicitud de reintegro de gastos a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial, ha sido tratada, entre otros, en el informe AJS 206/12 (ERP 103/08), que distingue las reclamaciones de reintegro de gastos y : «(...) el reintegro de gastos sanitarios como un supuesto de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración,- que- exige que concurran los requisitos

exigidos legal y jurisprudencialmente para considerar que existe responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria (...).

8.- La propuesta de resolución del Secretario General del Servicio Canario de la Salud por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial es de fecha 30 de noviembre de 2018.

IV

1. 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».

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTs -3ª- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

«A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso -"en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"-;

B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que:

"El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño (hoy la Ley de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...)". Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo".

C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, desde la sentencia de 27 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9460) (recurso de apelación núm. 7269/1992), que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia. El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 18 de octubre de 2001 la define la *lex artis* como "la técnica, el procedimiento o el saber de una profesión". Este es un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico, que toma en consideración tanto las técnicas habituales, la complejidad y la trascendencia vital de la enfermedad, o la patología así como factores exógenos o endógenos propios de la enfermedad.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor. A este efecto, es doctrina jurisprudencial constante la recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1999, la que establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: "falta de servicio que se ignora"); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: "evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida".

b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: "Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado". En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (apelación 1075/1992).Y

E) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad.

Criterios de distribución de la carga de la prueba. Guarda, también, una evidente importancia la identificación de los criterios de aplicación a estos supuestos de los principios generales de distribución de la carga de la prueba. Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo (...) de Código Civil (LEG 1889, 27), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho ("semper necesitas probandi incumbit illi qui agit") así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega ("ei incumbit probatio qui dicit non qui negat") y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios ("notoria non egent probatione") y los hechos negativos ("negativa non sunt probanda"). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS 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).

En consecuencia, 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. 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, entendiéndose 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 mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cual 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».

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.

3. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, partiendo de la valoración conjunta de la prueba practicada en el expediente administrativo. Señala la misma:

«La reclamación se centra en la omisión de pruebas diagnósticas (radiografía) para detectar su lesión y tratarla adecuadamente.

La interesada alega que, a pesar de haberse dirigido en varias ocasiones al SCS - al Servicio de Urgencias del CAE El Doctoral y a su médico de atención primaria - no le remitieron urgentemente a urgencias hospitalarias sino que continuaron prescribiendo antibióticos y curas.

Cuando el 3 de agosto de 2016, decide acudir a los servicios sanitarios privados- Hospital Policlínico, (...), es allí donde previa exploración y radiografía le diagnostican "Destrucción

de la articulación interfalángica proximal” y le aplican el tratamiento adecuado, cuya evolución fue favorable: “Desbridamiento. Osteotomía” (folio n.º 55).

Efectivamente, en la testifical practicada al especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo, Dr. (...) (folios n.º 322 y ss.), se confirma que, cuando la paciente ingresó en el centro privado, tenía inflamación severa del pie hasta el tobillo, celulitis total del quinto dedo, destrucción de partes blandas con fístula que atravesaba el dedo y eliminación espontánea de la base de la falange. Diagnóstico: Osteomielitis severa de partes blandas. Hubo de ser intervenida urgente dado el estado de la lesión. También se afirma que su derivación a un especialista debió realizarse bastante antes y que debió realizarse una radiografía. Ninguna de estas actuaciones se llevó a cabo.

El SIP en su informe de 2 de marzo de 2018 indica que la destrucción ósea como posible osteomielitis, estaba presente en la cura realizada en fecha 19 de julio de 2016: “apariencia de dedo roto”. Aunque no se describe isquemia asociada a la infección, que incrementa la gravedad, sí se considera que procedía la derivación al servicio de referencia de atención a pie diabético, conforme al estado de pie diabético, en fecha 3 de agosto de 2018.

Es decir, cabe concluir que la interesada se vio obligada a acudir a los servicios sanitarios privados para evitar que la lesión se agravara. La paciente acudió al SCS al menos, ocho veces, antes de acudir a la clínica privada. Es evidente que no estaba obligada a seguir esperando, mientras su herida progresaba. Queda acreditado que al menos desde el 19 de julio de 2016 con la “apariencia de dedo roto” ya procedía la derivación al servicio de referencia de atención a pie diabético.

No es este un procedimiento de reintegro de gastos, sino de responsabilidad patrimonial por lo que la reclamante alega- y queda acreditado- que ha sido una mala actuación sanitaria. Los requisitos a valorar son los propios de la responsabilidad patrimonial y no del reintegro de gastos, como parece indicar el SIP reiteradamente.

El Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias n.º 380/2013, de 5 de noviembre, explica que el reembolso de los gastos puede solicitarse mediante una reclamación de reintegro de gastos, siguiéndose entonces un procedimiento ad hoc, con unos requisitos y condicionantes particulares o bien, a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños (económicos en este caso) consecuencia del funcionamiento anormal o normal de los Servicio Públicos. Aclara lo siguiente: “(...) puede reclamarse el reintegro del gasto, como se indica en este caso, a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, como daño material derivado del funcionamiento de la Administración en el ámbito sanitario. En estos casos se estimará la pretensión indemnizatoria si la reclamante prueba la concurrencia de los requisitos genéricos de la responsabilidad patrimonial y los específicos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria”.

En este caso, la radiografía, que no se hizo hasta su ingreso en la clínica privada, junto a la exploración y valoración de la lesión fueron las que determinaron su intervención urgente,

ante la osteomielitis que presentaba, (destrucción de la articulación interfalángica proximal). Todo ello hizo que se evitara la progresión de su lesión y que la paciente recibiera el tratamiento oportuno y evolucionara favorablemente.

Por lo que la mala praxis, es decir, la no derivación al especialista, cuando ya la destrucción ósea apuntaba la posible osteomielitis y la ausencia de prueba - radiografía- le ocasiona a la paciente un daño, en este caso económico y moral, que se traduce en la necesidad y urgencia de acudir a los servicios sanitarios privados para dar solución a su problema de manera inmediata, terminando con la situación de incertidumbre creada hasta ese momento y debiendo asumir los gastos que ellos conlleva.

La STSJ de La Rioja, núm. 298/2005 de 12 mayo. JUR 2006\28102, analizando un caso similar al que ahora nos ocupa, concluye: "Partiendo del anterior relato fáctico se llega a la conclusión de que el paciente recibió un tratamiento adecuado que le permitió evitar la amputación de su pierna, sin que ante la gravedad del tratamiento quirúrgico propuesto - amputación de la pierna derecha- se le ofreciera la derivación a otros centros más especializados, siendo evidente que esta actuación de la Sanidad pública propinó el que acudiera a la medicina privada, lo que le originó un daño, el importe de los gastos ocasionados por el tratamiento prestado en la Clínica (...) de Vitoria, que ascendió a 5.383,28 euros, que debe asociarse al concurrir todos los requisitos exigibles para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, tal y como reconoce el acto impugnado".

Finalmente, la STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 744/2014 de 20 noviembre. JUR 2015\45067, expone que respecto a la fijación de la indemnización en los procedimientos de responsabilidad patrimonial prevalece "la doctrina jurisprudencial ha proclamado el principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados (Sentencias del TS de 5 de febrero, 18 de marzo y de 13 de noviembre de 2000, 27 de octubre y 31 de diciembre de 2001).

Por todo lo anterior, se estima procedente el reconocimiento de una indemnización por responsabilidad patrimonial del SCS, de 2.497,77 € por el coste económico que le supuso la atención urgente e intervención en el centro privado, al no ser derivada en el momento correspondiente por el SCS al especialista y 2.000 € por el daño moral dado el tiempo transcurrido, al menos desde el 19 de julio de 2016 (cuando ya existía apariencia de "dedo roto"), sin que se diera respuesta a la urgencia médica, obligando a la paciente a seguir esperando hasta que, el 3 de agosto de 2016, decide acudir al centro privado y por fin, dar solución a su problema, evitando lesiones mayores».

Compartimos el criterio de la propuesta de resolución. Hubo una mala praxis médica por no remitir a la paciente a su debido tiempo al especialista ante los síntomas que presentaba el pie desde la cura del día 19 de julio de 2016 (aparición de dedo roto), cuando ya la destrucción ósea apuntaba la posible osteomielitis y la

ausencia de prueba radiográfica. Posteriormente, el médico de familia el 25 de julio de 2016, sin practicar ninguna prueba, ordena continuar con las curas. El 1 de agosto de 2016 el médico de familia, sin practicar pruebas, sigue prescribiendo antibióticos y demorando la solución a su problema. Cuando es intervenida el día 3 de agosto de 2016 en la sanidad privada presentaba osteomielitis severa de partes blandas. Hubo de ser intervenida urgente dado el estado de la lesión. En consecuencia, parece justificada la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que la paciente se vio obligada a acudir a la sanidad privada para salvar su pie.

En cuanto a la cantidad reclamada que asciende a 12.707,77 euros, no se justifica por quien la pide. La parte reclamante en sus escritos reclama en concepto de responsabilidad patrimonial por una actuación médica que considera incorrecta, pero en ningún momento explica de donde extrae dicha cantidad ni los criterios en base a los cuales establece la cantidad reclamada, aportando únicamente para justificar el importe de la indemnización las facturas por la asistencia sanitaria recibida por la sanidad privada para lograr salvar su pie.

Por otra parte, estamos ante un expediente de responsabilidad patrimonial por mala praxis médica, no ante un expediente de reintegro de gastos médicos, por lo que el importe de la indemnización debe atender a la reparación integral del daño causado, en el que se incluye el importe de la asistencia sanitaria que la reclamante se vio obligada a sufragar en la sanidad privada para salvar su pie, ascendiendo el importe de tal indemnización a la cantidad de 2.917,77 euros, en la que se incluye además del costo de la intervención quirúrgica, las consultas médicas posteriores acreditadas con las facturas aportadas.

El Dictamen del Consejo Consultivo 161/2012, de 28 de marzo señala:

«Ahora bien, si aquel reintegro puede exigirse y analizarse por la vía de la responsabilidad patrimonial, ello sólo podrá fundarse en motivos justificados de denegación de asistencia médica o error de diagnóstico por parte de la Sanidad pública (Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2004 (RJ 2004/183695)), situaciones, en fin, que justifiquen que se acuda por el particular a la sanidad privada, admitiéndose, en estos casos, incluso tras haberse obviado el procedimiento administrativamente previsto para obtener asistencia privada sin coste para el particular».

La sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo de 26 de mayo de 2004, condensa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre el reintegro de gastos realizados por un paciente en la sanidad privada, en concepto de responsabilidad patrimonial:

«De lo expuesto en los Fundamentos precedentes aparece que nos hallamos ante un supuesto de solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración en reclamación de que se le indemnice por los gastos que le han sido originados al verse en la necesidad de acudir a la medicina privada como consecuencia de la asistencia recibida de la Seguridad Social.

Como hemos recogido en anteriores sentencias de esta Sala, el reintegro de gastos médicos se ha regulado, de modo tradicional por lo dispuesto en el artículo 18 del RD 2766/67 (RCL 1967, 2236 y RCL 1968, 150), en la redacción dada por el Decreto 2575/73 (RCL 1973, 1889), que establecía la posibilidad de obtener el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia recibida fuera de la seguridad social en dos casos: Denegación injustificada de asistencia (al que se asimilaba el error de diagnóstico) y el supuesto de urgencia vital que imposibilitaba que el tratamiento se recibiera por los medios dependientes del Servicio Nacional de Salud. En cualquiera de ambos supuestos, la acción de reintegro de gastos era conocida por la Jurisdicción Social (en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral [RCL 1995, 1144, 1563]) y ello pues se trataba de una reclamación en materia de prestaciones de Seguridad Social.

Esta regulación fue sustancialmente modificada por el RD 63/95 (RCL 1995, 439) de prestaciones de Asistencia Sanitaria, cuyo artículo 5.3 estableció que «En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. De este modo, en aplicación de este decreto los dos supuestos de reintegro de gastos que recogía la regulación tradicional (denegación de asistencia y urgencia vital) quedaron reducidos solo al de urgencia vital y éste sigue siendo susceptible de reclamación ante los órganos de la Jurisdicción Social.

Por su parte, los supuestos que antes se encuadraban en lo que se llama denegación de asistencia han sido objeto de reclamaciones por la vía Contencioso-Administrativa mediante la responsabilidad patrimonial de la Administración, habiéndose pronunciado esta Sala sobre supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial que encierran una reclamación de reintegro de gastos por denegación de asistencia o error de diagnóstico en diversas sentencias.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre supuestos de reclamaciones de esta naturaleza. Así la de la Sala 3ª de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2832) plantea un supuesto de insuficiencia del tratamiento prestado a un paciente que acabó costándole la vida y lo encuadra claramente dentro de la denegación de asistencia.

También cabe acoger el supuesto de retraso injustificado en prestar la asistencia debida, retraso que lleva al beneficiario de la Seguridad Social a buscar que la asistencia le sea

prestada por la medicina privada, que generalmente es más rápida y carece en buena medida de listas de espera. Así la sentencia de 5 de julio de 1999 (RJ 1999, 5160) de la Sala 3ª del Tribunal Supremo entiende que se produjo denegación de asistencia al no realizarse de modo urgente una intervención de craneotomía por la larga lista de espera de un Hospital, obligando a la alta voluntaria y a la realización de la intervención quirúrgica de modo urgente en otro centro.

Por último, mencionar el supuesto de error de diagnóstico en el que los servicios Médicos a los que está adscrito el interesado no pueden identificar la enfermedad que padece o no pueden determinar el tratamiento más adecuado poniendo en grave riesgo la salud del paciente. Entiende el Tribunal Supremo sobre este supuesto - sentencia de la Sala 3ª de 18 de octubre de 1998- que no puede obligarse al paciente o a su familia a permanecer indefinidamente acogido al Sistema público de salud, por lo que acudir a la Medicina privada y solicitar posteriormente el reintegro de los gastos puede estar suficientemente justificado. Señala la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8527). Es verdad que no cabe exigir un diagnóstico infalible -ni inicial ni sucesivo- pero esto no supone que el enfermo haya de sufrir estoicamente las consecuencias del error que no solamente en el caso de autos fue inicial, sino que se mantuvo (...)».

Como consecuencia de lo expuesto, procede reparar a la reclamante en concepto de responsabilidad patrimonial por la totalidad de los daños que ha alegado y acreditado, esto es, por el importe de la totalidad de las facturas que se vio obligada a realizar en la sanidad privada para salvar su pie, más la cantidad de 2.000 euros por el daño moral como consecuencia de la demora en el diagnóstico y tratamiento, debiendo, en consecuencia, ser indemnizada en la cantidad de 4.917,99 euros.

A la cantidad total resultante en concepto de indemnización (4.497,99 euros), se le ha de añadir, por mandato del art. 34.3 de la LRJSP, la actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al Índice de Garantía de Competitividad fijado por el Instituto Nacional de Estadística y los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

C O N C L U S I Ó N

La propuesta de resolución, que estima parcialmente la reclamación, es conforme a Derecho, con las observaciones, en cuanto a la indemnización que se realizan en el Fundamento IV de este Dictamen.