



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 113/2019

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de abril 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 (...), en nombre y representación de (...) por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 72/2019 IDS)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 25 de febrero de 2019 por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias (registro de entrada en el Consejo Consultivo el 25 de febrero de 2019), es la Propuesta de Resolución 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 del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dada la cuantía reclamada (8.500 euros), de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Está legitimada para solicitarla el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. 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.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

---

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Mediante 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, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud.

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) y además, 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 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.

5. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), la cual actúa representada por su madre (...), al haber sufrido daños personales por la presunta actuación negligente de los médicos de Atención Primaria que le atendieron, por no derivarla de forma urgente al especialista a su debido tiempo (art. 4 LPACAP).

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues tratándose de daños físicos se presentó la reclamación el 30 de marzo de 2017, sin que en tal fecha, se hubiera producido curación o determinación definitiva de las secuelas (art. 67 LPACAP).

## II

La reclamante expone, entre otros extremos, lo siguiente:

- Que el 2 de septiembre de 2016, (...) acude a consulta por inflamación y dolor en su pie derecho. Se le diagnostica «Esguince Grado II».

- El 8 de septiembre de 2016 vuelve a acudir a consulta porque no experimenta mejoría. Pie derecho peor, dolor de espalda y pie izquierdo inflamado.

- El 10 de octubre de 2016, nueva consulta porque no mejora.

- El 11 de octubre de 2016, tras conversación mantenida con el médico, decide que lo mejor es acudir a un médico privado para que por lo menos, comience cuanto antes la rehabilitación.

- El traumatólogo privado le diagnostica tendinitis de talón y bursitis, su pie izquierdo sigue empeorando. Se le realiza una radiografía y se diagnostica tendinitis plantar.

- El 18 de noviembre de 2016. Estado físico: Pie derecho: Tendinitis y bursitis del talón de Aquiles. Pie izquierdo: Tendinitis plantar y pequeña inflamación de rodilla. Dolor de espalda e inflamación de hombro izquierdo.

- Solicita radiografía de espalda para averiguar qué relación tiene el dolor de espalda con el de los pies y también solicita que la deriven a un Traumatólogo. La fecha que le dan de cita es el 5 de julio de 2017.

- Continúan las sesiones privadas de rehabilitación de los dos pies.

- El 31 de enero de 2017 la llaman para comentarle que estaban reorganizando las citas y que el Traumatólogo podrá atenderla el 1 de febrero de 2017. La reclamante estudiaba en Las Palmas y tras dos meses en Tenerife, la llaman cuando ya está de vuelta en Las Palmas. Le comunican que lo tendrán en cuenta para una cita posterior.

- El traumatólogo privado ante la inflamación de rodilla, le solicita una RMN para descartar rotura de menisco y le recomienda continuar con la rehabilitación para ambos pies.

- El resultado de la resonancia fue el siguiente: Pequeño trazo de fisura del cuerno posterior del MI, sin aparente comunicación con superficie articular. Pequeño derrame articular. El Traumatólogo a la vista del resultado, le recomienda cirugía de artroscopia de rodilla para meniscectomía versus sutura meniscal.

- El 22 de febrero de 2017, le da traslado del informe a su médico de cabecera y la derivan urgente al Traumatólogo. Le dan cita para el 23 de febrero de 2017. Le solicita nuevas pruebas y vuelve a citarla para el 5 de junio.

Por todo lo anterior, se reclama por responsabilidad patrimonial del SCS, dado que no se derivó urgentemente a la paciente, desde el inicio, al traumatólogo, teniendo que ocuparse los padres de pagar Traumatólogo y rehabilitación privada para evitar el empeoramiento al reclamante.

### 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 de la 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. Mediante Resolución de 14 de junio 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 20 de junio de 2017.

3. El 19 de noviembre de 2018, el SIP emite informe (folios n.º 60 y ss.) que acredita -a la vista de la historia clínica de la paciente y del informe preceptivo correspondiente- la siguiente sucesión cronológica de hechos:

- El 2 de septiembre de 2016, la paciente acude sin cita a consulta de Atención Primaria por dolor en tobillo derecho. No hay antecedente de traumatismo. Se encuentra «inflamación del ligamento post maleolo externo del pie. Diagnóstico de esguince de tobillo grado II, tratamiento tobillera Benterm, hielo local, reposo relativo, antiinflamatorios oral, vigilancia evolutiva del cuadro clínico, explicados los signos de alarma».

- El 8 de septiembre de 2016, la paciente regresa a su médico de cabecera. Tras exploración, mejoría clínica, menor inflamación, el mismo tratamiento.

- El 10 de octubre de 2016, vuelve a la consulta a su médico de cabecera. A la exploración se anota: «Dolor a la movilidad del tobillo derecho sin signos inflamatorios». Regresa el 11 de octubre de 2016 y se le pauta «antiinflamatorios y tobillera».

- El 13 de octubre de 2016, acude a centro médico privado donde es atendida por especialista en Traumatología. El motivo de consulta es el esguince de tobillo derecho. Refiere la paciente que, hace dos semanas, sufre esguince de tobillo derecho, haciendo una marcha por el monte. El traumatólogo anota tras la exploración: «leves signos inflamatorios perimaleolares externos, dolor a la presión sobre sindesmosis, dolor a la variación forzada a nivel de la inserción distal del ligamento TPA, balance articular conservado, con pérdida de extensión en el lado derecho. Tobillo estable».

Se diagnostica de esguince grado II en vías de sanación. Indica 10 sesiones de Rehabilitación y Enantyum. También solicita ecografía de tobillo derecho: «El telón de Aquiles está moderadamente engrosado, comparativamente con el izquierdo y es

algo hipoecoico, sin alteración de su patrón fibrilar en relación con tendinosis, existe una leve bursitis retrocalcánea».

- El 21 de octubre de 2016, la paciente acude a urgencias de centro privado médico y refiere tener patología del aquileo derecho, para lo cual está en rehabilitación, pero acude con dolor en pie izquierdo. Ella misma lo relaciona con el mal apoyo. Se encuentran discretos signos inflamatorios, dolor a la palpación en maleolo externo, molestias al caminar, no hematomas ni otras lesiones. Se pauta tratamiento antiinflamatorio y frío local.

- El 8 de noviembre de 2016, acude al Servicio de Urgencias de la clínica privada por referir cuadro de dolor y edema en pie izquierdo de un mes de evolución. Refiere sobrecarga de dicho pie por afectación del otro pie. La deambulación es normal, no tumefacción ni deformidad, movilidad conservada sin limitación funcional. Encuentran edema a nivel de tobillo y pie izquierdo en zona caliente a nivel trayecto del quinto metacarpiano. No signos inflamatorios, ni infecciosos. La Rx del tobillo, sin fracturas y Rx de pie izquierdo, con edema de partes blandas a nivel dorsolateral del pie izquierdo. Juicio diagnóstico: Tendinitis plantar, tratamiento vendaje compresivo. Antiinflamatorio y valoración con traumatología para el día 15 de noviembre.

- El 15 de noviembre de 2016, el Traumatólogo privado anota: «Persistencia de dolor en tobillo derecho, leves signos inflamatorios perimaleolares externos, dolor a la presión sobre sindesmosis, dolor a la varización forzada a nivel distal de ligamento TPA, balance articular conservado con leve pérdida de extensión en lado derecho. Diagnóstico: Esguince grado II tobillo derecho en vías de sanación. Se pauta diez sesiones de rehabilitación del tobillo derecho y tendón aquileo derecho».

- El 18 de noviembre de 2016, acude la madre de la paciente al médico de cabecera y le indica que ha acudido al médico privado por evolución tórpida del esguince, le dijeron que tenía tendinitis aquilea y fascitis plantar, refiriendo además la existencia de escoliosis dolorosa, solicitando valoración y tratamiento si procede. El médico de cabecera realiza interconsulta a Traumatología por escoliosis, que además es lo que solicita el Traumatólogo privado (no por fascitis plantar).

- El 13 de diciembre de 2016, la Traumatóloga anota: Tras finalizar tratamiento fisioterápico tobillo derecho, con evolución favorable, ahora presenta inflamación de tobillo izquierdo. Tras valoración, juicio diagnóstico: Sinovitis de tobillo izquierdo y condropatía rotuliana de rodilla izquierda, no signos de lesión de menisco. Se indica

diez sesiones de rehabilitación de tobillo izquierdo y rodilla izquierda, potenciación del cuádriceps bilateral, se solicita ecografía de tobillo izquierdo con resultados sugestivos de tendinitis tibial posterior.

- El 15 de diciembre de 2016, consulta de traumatología privada: Ecografía de tobillo izquierdo: Signos de tendinitis tibial posterior, resto normal.

- El 31 de enero de 2017, acuden a otro centro privado que, tras valorar a la paciente: Tendinopatía del aquileo con gemelo corto en pie derecho, y en pie izquierdo tendinitis de peroneo brevis y tibial anterior. En rodilla izquierda explora maniobras meniscales positivas y solicita RMN para descartar rotura de menisco y recomienda rehabilitación de ambos pies.

- El 10 de febrero de 2017, hallazgo: pequeño trazo de fisura del cuerno posterior del menisco interno, sin aparente comunicación con la superficie articular, pequeño derrame articular.

- El 21 de febrero de 2017, es valorada RMN y se recomienda cirugía artroscópica de rodilla por meniscectomía versus sutura meniscal.

- El 27 de febrero de 2017, acuden al médico de cabecera con el informe de traumatología y le deriva al traumatólogo por fisura de menisco rodilla izquierda.

- El 2 de marzo de 2017, es valorada en CAE en consulta Traumatológica. Se solicitan pruebas diagnósticas.

- En junio de 2017 se diagnostica distensión de rodilla, síndrome del tarso pendiente de estudio e infiltran tobillo izquierdo. La segunda infiltración tiene lugar el 13 de julio de 2017. Persiste seguimiento por el Servicio de Traumatología del CAE.

4. El 22 de noviembre de 2018 se dicta Acuerdo Probatorio admitiendo las pruebas documentales por las partes (folio n.º 136):

1.- Por parte de la interesada:

\* Historia Clínica.

2.- Por parte del SCS:

\* Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de 19 de noviembre de 2018 (folios n.º 61-70).

\* Informe del Médico de Familia del Centro de Salud de Ofra- Miramar (folio n.º 125- 127)

\* Historia clínica relativa a los hechos objeto de reclamación.

El 28 de noviembre de 2018, se le notifica a la interesada, Acuerdo Probatorio. Finalmente, con la misma fecha, 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 diciembre de 2018, comparece en las dependencias del Servicio de Normativa y Estudios de la Secretaría general del SCS a fin de acceder al expediente y retirar copia de determinada documentación. Se le hace entrega de la documentación solicitada, en el mismo acto (folio n.º 143).

5. Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, modificado por el Decreto 232/1998, de 18 de diciembre, en este procedimiento no se recabó informe de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha habido sido informada por el Servicio Jurídico (informe de los Servicios Jurídicos, de 19 de julio de 2018 relativo al expediente de responsabilidad patrimonial n.º 126/17).

6. Mediante escrito de la interesada, de 20 de enero de 2019, cuantifica la indemnización que solicita en la cantidad de 8.500 euros (folio n.º 145).

7. La Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión del Secretario General del Servicio Canario de la Salud es de fecha 13 de febrero de 2019.

## IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, al considerar el órgano instructor que no concurren los requisitos precisos para declarar la responsabilidad patrimonial del SCS.

Al respecto se alega que no queda acreditado error de diagnóstico, ni de tratamiento, ni demora injustificada en la asistencia, ni negligencia alguna, por lo que no se observa la existencia de nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los servicios sanitarios.

2. 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 las 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».

En relación con la carga de la prueba, 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.

El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la *lex artis* y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física. En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la *lex artis*, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica

(hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la *lex artis* se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *lex artis*. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad. Este límite nos lo proporciona el criterio de la *lex artis*, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico) mientras que en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la *lex artis* se define como *ad hoc*, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso.

La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece «El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, “cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva 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 desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, partiendo del informe del SIP.

La reclamante, sin embargo, solicita una indemnización por responsabilidad patrimonial como consecuencia de la 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.

La solicitud de reintegro de gastos a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial, ha sido tratada, entre otros, en el Dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias n.º 380/2013, de 5 de noviembre, que 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, aclarando 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».

Por su parte, 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».

4. La propuesta de resolución fundamenta la desestimación de la reclamación de la siguiente manera:

«A la vista de la reclamación efectuada, el informe preceptivo del Centro de Salud Ofra-Miramar, realiza, entre otras, las siguientes consideraciones (folios n.º 126 y 127):

- El 2 de septiembre de 2016 acude por esguince en tobillo derecho grado II, se le pauta AINES, hielo local, vendaje elástico compresivo y se le recomienda deambulación en descarga durante dos semanas y carga progresiva a la tercera. La enfermera da medidas rehabilitadoras para la pronta mejoría.

- El 8 de septiembre de 2016, una semana de evolución con mejoría y sin signos de alarma por lo que no estaba indicada la realización de ninguna prueba complementaria.

- El diagnóstico de un esguince de tobillo es eminentemente clínico. Sólo en caso de complicaciones, se hacen necesarias pruebas complementarias.

- Posteriormente, la paciente decide acudir a los servicios privados. En ecografía se detecta bursitis, complicación habitual del cuadro de inestabilidad de la articulación afecta secundaria a la lesión.

- Después de diez sesiones de rehabilitación, fascitis plantar, por sobrecarga, pudiendo estar agudizado por no seguir las medidas dadas por atención primaria y/o rehabilitación.

- En cuanto a las dificultades para su asistencia sanitaria, que la reclamante achaca a estudiar en Gran Canaria, hubiera sido recomendable acudir a la zona de salud más cercana a su residencia, para asignarle un médico de Atención Primaria para la pronta resolución de sus dolencias.

El SIP a la vista de la reclamación, la historia clínica de la paciente y el informe preceptivo, concluye lo siguiente:

- El diagnóstico de 2 de septiembre de 2016 es correcto "inflamación del maleolo externo del tobillo derecho", lo cual es clásico de esguince. De la atención prestada los días 2 y 8 de septiembre, se desprende esguince de tobillo sin complicaciones. No estaba indicada la realización de radiografías (reglas de Ottawa) en estas dos primeras visitas. En la segunda, el día 8 de septiembre, experimenta mejoría clara, tal y como se recoge en historia clínica. Existe, por tanto, una praxis adecuada. La paciente no vuelve a acudir a consulta hasta un mes después.

- En consulta del día 10 y 11 de octubre, no hay signos inflamatorios. La paciente estaba mejor, por ese motivo no se le remite a un especialista. Se trata con antiinflamatorios y tobillera.

- El 13 de octubre de 2016, cuando acude al Traumatólogo privado, refiere que hace dos semanas sufre esguince en tobillo derecho, haciendo una marcha por el monte. Se trata por

ello, de un nuevo proceso. El Traumatólogo privado expone como diagnóstico: “Esguince de tobillo derecho grado II, en vías de sanación. Estabilidad de tobillo”. En la radiografía realizada por el Traumatólogo privado, no hay rotura fibrilar, es decir, se trata de un esguince grado I y no II, si bien ambos tienen el mismo tratamiento.

El SIP explica en su informe que en ocasiones es muy difícil establecer la diferencia entre los grados I y II del esguince, pero en cualquier caso, el tratamiento es el mismo, y no requiere diagnóstico radiológico, tal y como ya refirió el médico de cabecera al informar.

- Parece evidente que la paciente, tras el esguince del día 2 de septiembre de 2016 -que había mejorado mucho- no guardó el reposo debido (“caminata por el monte”). Además, el 13 de octubre de 2016, el traumatólogo privado anota como consejo “pausa deportiva”, de lo que se desprende que la paciente practicaba alguna actividad física previamente, lo que pudo contribuir también al agravamiento del esguince del pie derecho y a la aparición de otros problemas en la extremidad inferior izquierda.

- Desde el 11 de octubre de 2016, al 18 de noviembre de 2016, no acude al SCS, sino a los servicios privados. En las consultas privadas, comienza a referirse la afectación del pie izquierdo, el 21 de octubre de 2016, por lo que el SCS, no conoce ese hecho.

- Es el 18 de noviembre de 2016 y no antes, cuando la paciente acude a su médico de Atención Primaria y le refiere tendinitis aquilea derecha y fascitis plantar en pie izquierdo, así como clínica dolorosa de columna vertebral, por lo que el traumatólogo privado solicita al médico de cabecera valorar la escoliosis que tenía la paciente con la clínica dolorosa actual y a su vez, le remite al Traumatólogo del SCS.

- Continúa en seguimiento por el médico privado.

- El 27 de febrero de 2017, acude a su médico de cabecera tras descubrirse fisura del cuerno posterior del menisco interno de rodilla izquierda, solicitando cita en Traumatología del SCS, al cual acude el 2 de marzo de 2017. Se solicitan pruebas diagnósticas, resultando distensión de la rodilla izquierda, síndrome tarso y se realizan infiltraciones en tobillo izquierdo.

De todo lo anterior, el SIP concluye que la praxis del SCS fue en todo momento la correcta. El esguince del tobillo derecho, se trató de forma adecuada y mejoró significativamente. Posteriormente, comienza la clínica en el otro pie, el izquierdo y en la rodilla izquierda, ésta última sin relación posible con la patología tratada en primer lugar, el esguince de tobillo derecho, lo mismo que en el caso de la fascitis plantar, relacionada con no seguir las medidas físicas recomendadas. En la consulta de 2 de septiembre de 2016, ya se indicó expresamente dentro del plan de actuación general “reposo relativo” (folio n.º 107).

Es por lo que, no queda acreditado error de diagnóstico, ni de tratamiento, ni demora injustificada en la asistencia, ni negligencia alguna, por lo que no se observa la existencia de nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los servicios sanitarios».

5. En el presente supuesto discrepamos de la propuesta de resolución.

La reclamante acudió cuatro veces al médico de Atención Primaria, antes de acudir a la medicina privada, sin que ante el agravamiento de sus síntomas fuera remitida al médico especialista (2 de septiembre, 8 de septiembre de 2016, 10 de octubre de 2016 y 11 de octubre de 2016).

El 13 de octubre de 2016 acude a especialista en traumatología en la medicina privada, que diagnostica esguince grado II. También solicita ecografía en tobillo derecho, de la que resulta que el talón de Aquiles está moderadamente engrosado, comparativamente con el izquierdo y es algo hipoeoico, sin alteración de su patrón fibrilar en relación con tendinosis, existe una leve bursitis retrocalcánea y se le indican 10 sesiones de rehabilitación y Enantyum.

El 21 de octubre la interesada acude a urgencias en centro privado médico con patología de aquileo derecho, para lo cual está en rehabilitación, pero acude también con dolor en pie izquierdo

El 8 de noviembre acude al servicio de urgencias privado por dolor y edema en pie izquierdo de un mes de evolución, siéndole diagnosticada tendinitis plantar con nueva valoración por traumatología para el 15 de noviembre de 2016.

El 15 de noviembre de 2016 el traumatólogo privado anota: «Persistencia de dolor en tobillo derecho, leves signos inflamatorios perimaleolares externos, dolor a la presión sobre sindesmosis, dolor a la varización forzada a nivel distal de ligamento TPA, balance articular conservado con leve pérdida de extensión en lado derecho. Diagnóstico: Esguince grado II tobillo derecho en vías de sanación. Se pauta diez sesiones de rehabilitación del tobillo derecho y tendón aquileo derecho».

El 18 de noviembre de 2016, acude la madre de la paciente al médico de cabecera y le indica que ha acudido al médico privado por evolución tórpida del esguince, le dijeron que tenía tendinitis aquilea y fascitis plantar, refiriendo además la existencia de escoliosis dolorosa, solicitando valoración y tratamiento si procede. El médico de cabecera realiza interconsulta a Traumatología por escoliosis, y le dan cita para el 5 de julio de 2017.

El 13 de diciembre de 2016, la Traumatóloga anota: «Tras finalizar tratamiento fisioterápico tobillo derecho, con evolución favorable, ahora presenta inflamación de tobillo izquierdo. Tras valoración, juicio diagnóstico: Sinovitis de tobillo izquierdo y condropatía rotuliana de rodilla izquierda, no signos de lesión de menisco. Se indica diez sesiones de rehabilitación de tobillo izquierdo y rodilla izquierda, potenciación del cuádriceps bilateral,

se solicita ecografía de tobillo izquierdo con resultados sugestivos de tendinitis tibial posterior».

El 15 de diciembre de 2016, consulta de traumatología privada: Ecografía de tobillo izquierdo: Signos de tendinitis tibial posterior, resto normal.

El 31 de enero de 2017, acuden a otro centro privado que, tras valorar a la interesada se le diagnostica de Tendinopatía del aquileo con gemelo corto en pie derecho, y en pie izquierdo tendinitis de peroneo brevis y tibial anterior. En rodilla izquierda explora maniobras meniscales positivas y solicita RMN para descartar rotura de menisco y recomienda rehabilitación de ambos pies.

El 10 de febrero de 2017, se realiza hallazgo de pequeño trazo de fisura del cuerno posterior del menisco interno, sin aparente comunicación con la superficie articular, pequeño derrame articular.

El 21 de febrero de 2017, es valorada RMN y se recomienda cirugía artroscópica de rodilla por meniscectomía versus sutura meniscal.

El 27 de febrero de 2017, acuden al médico de cabecera con el informe de Traumatología y le deriva al traumatólogo por fisura de menisco rodilla izquierda.

El 2 de marzo de 2017, es valorada en CAE en consulta Traumatológica. Se solicitan pruebas diagnósticas.

Como datos relevantes podemos destacar que la interesada rechaza una cita en el especialista el 1 de febrero de 2017 por estar estudiando fuera de la isla de Tenerife y el 27 de febrero de 2017 entrega informe del traumatólogo privado al médico de cabecera en el que recomienda cirugía de artroscopia de rodilla para meniscectomía versus sutura meniscal derivándola ese día urgente a traumatólogo, dándole cita para el 2 de marzo de 2017.

A la vista de todos estos antecedentes vemos que la reclamante debió ser remitida al traumatólogo al menos desde el 11 de octubre de 2016, al presentar signos de agravación de sus dolencias, sin que en principio se le diera cita para el especialista hasta el 5 de julio de 2017. Sólo ante los informes de seguimiento por especialista en la medicina privada y ante la agravación de sus dolencias se le termina concediendo por los médicos de Atención Primaria cita urgente en traumatología para el 2 de marzo de 2017. Durante este tiempo el especialista privado prescribió rehabilitación que tuvo que ser costado por la familia de la paciente.



Por todo ello, entendemos que se debe reintegrar a la paciente de los gastos médicos y de rehabilitación hasta la fecha en que es atendida por especialista en el Servicio Canario de la Salud el 2 de marzo de 2017.

Sin embargo, entendemos que no son indemnizables la pérdida de la beca, el disfrute de piso de alquiler, los gastos de desplazamiento, ni los daños psicológicos, porque tales conceptos indemnizatorios no tienen nexo causal directo con los padecimientos de la paciente. Sus dolencias incluso después de ser atendidas en la medicina privada necesitaron un tiempo considerable de curación, por lo que no parece que el retraso en ser atendida por el traumatólogo de la sanidad pública le hubiese evitado las dificultades surgidas para terminar con éxito sus estudios. Por otra parte, la decisión de la paciente de ser atendida en Tenerife teniendo su residencia en Las Palmas es una decisión sólo a ella imputable. Los gastos de alquiler y desplazamiento no tienen ninguna relación con el retraso en ser atendida por el especialista en traumatología. El daño moral aunque posiblemente exista, no ha sido mínimamente alegado, probado o cuantificado.

La indemnización, por tanto, debe comprender los gastos médicos y de rehabilitación cubiertos por la familia de la reclamante desde el 13 de octubre de 2016 hasta el momento en que es atendida por médico especialista en el Servicio Canario de la Salud.

A la cantidad total resultante en concepto de indemnización, 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 no es conforme a Derecho, debiendo estimarse parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial.