



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 4 3 / 2 0 2 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de mayo de 2020.

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. 149/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS), tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alega producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. A la tramitación del procedimiento en que se aprobó el presente Dictamen le resultó de aplicación el RD 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mencionado RD se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo. No obstante, mediante Resolución de la Presidencia 20/2020, de 19 de mayo, se acordó el levantamiento de la suspensión tras la publicación en el BOC de la Resolución de 23 de abril, del Presidente del Consejo de Dirección del Servicio Canario de la Salud, por la que se acuerda la continuación de la tramitación de procedimientos administrativos, considerados indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

3. En este asunto, se considera que, de estimarse la reclamación por los daños alegados, la cuantía debería exceder de 6.000 euros, por lo que la solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

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

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el Servicio Canario de la Salud.

5. 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 5 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.

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, en su escrito de reclamación presentado el 7 de diciembre de 2018, el interesado alega que:

El día 10 de septiembre de 2018 cuando acudió a una revisión ordinaria de la rehabilitación que venía efectuando, tras ser intervenido de uno de sus hombros, sufrió una caída en las puertas del Complejo Hospitalario Insular Materno Infantil (CHUIMI), lesionándose principalmente la rodilla derecha, si bien presentó también molestias en la otra rodilla. Por tal motivo, ese mismo día acudió al Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Las Remudas y volvió el día 14 de septiembre de 2018 con una radiografía, siendo tratado siempre por el médico de cabecera.

El día 27 de septiembre de 2018, volvió nuevamente a dicho Centro de Salud, pues el dolor en sus rodillas no remitía, siendo especialmente agudo en su rodilla derecha, y dado que no fue atendido por un traumatólogo decidió acudir al Servicio

de Urgencias del CHUIMI, en el que tras ser tratado por especialista se le diagnostica *meniscopatía externa rodilla izquierda*» y lo remiten al traumatólogo de su Centro de Salud.

2. Sin embargo, cuando volvió al mismo el día 28 de septiembre de 2018 se le manifestó que allí no se atienden urgencias traumatológicas, pero que se le llamaría para una cita con el traumatólogo, lo cual nunca ocurrió; por ello, acudió al ámbito de la medicina privada para paliar los dolores en sus rodillas, principalmente en la rodilla izquierda.

El interesado añade acerca de ello que en un Centro médico privado se le diagnosticó que padecía síndrome femoropatelar izquierdo, con posible meniscopatía.

3. El día 3 de octubre de 2018 es informado de que se le da cita con traumatología en su Centro de Salud para el día 7 de marzo de 2019, es decir para 178 días después de haber sufrido el golpe en sus rodillas.

El día 30 de noviembre de 2018 tenía cita en el CHUIMI con el traumatólogo que le estaba tratando de sus problemas de hombro, al cual le comentó su dolencia en las rodillas, decidiendo el mismo prescribirle infiltración de sus propias células y le dio hora en hematología con tal fin para el día 18 de diciembre de 2018.

En los escritos posteriores a su reclamación el interesado comenta que durante el año 2019 acudió en varias ocasiones al correspondiente Centro hospitalario para someterse a tales infiltraciones.

4. Por tanto, de todo ello se desprende que el interesado basa su reclamación en el inadecuado tratamiento de su lesión de rodilla, considerando que el mismo no sólo le generó un daño físico, sino un perjuicio económico al verse obligado a acudir a la medicina privada para suplir las deficiencias en la asistencia sanitaria prestada. Por ello, reclama una indemnización que englobe el mencionado perjuicio económico y también el que como consecuencia del actuar administrativo en la actualidad debe utilizar silla de ruedas y precisa de la ayuda de una tercera persona para realizar sus actividades cotidianas.

5. Además de lo manifestado por el interesado para llevar a cabo una adecuada exposición de los antecedentes de hecho es preciso hacer constar lo manifestado al respecto en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones del SCS (SIP), en el que consta lo siguiente:

«A.- Se trata de paciente hombre de 62 años que es atendido en Atención primaria el 10 de septiembre de 2018, por haber sufrido un resbalón sufriendo golpe en rodilla derecha. A la exploración de la rodilla derecha [rótula, ligamentos cruzados, maniobras meniscales, (...)] no se aprecia lesión aguda. Se pauta vendaje funcional 4 días, frío local, reposo relativo y analgesia.

B.- 14.09.18, realiza consulta privada en Centro Médico (...). Se practican radiografías de ambas rodillas y se observa: osteoartrosis sin signos de fractura. Con el diagnóstico de artritis postraumática y dudosa tendinitis rotuliana se pauta tratamiento antiinflamatorio, rodillera, reposo físico y si persiste el dolor consulta con Traumatología

Ese mismo día, en horario de tarde acude al servicio de urgencias con las radiografías, no existe evidencia de fracturas ni patología urgente se pauta tratamiento analgésico.

C.- El 27 de septiembre acude al médico de atención primaria, pero ahora por dolor en rodilla izquierda se solicita interconsulta con Traumatología, con carácter normal. Es atendido en el Servicio de urgencias del Hospital Universitario Insular alrededor de las 17:00 horas.

La clínica consistente en dolor de rodilla izquierda. A la exploración: Rodilla izquierda:

“ligero aumento del volumen, no calor, no rubor, dolor a la palpación de la zona externa de la rodilla y pata de ganso, no signo del peloteo, no limitación del movimiento. Signos del bostezo negativo, cajones anterior y posterior negativos, maniobra de Apley positiva para menisco externo”.

Se determina la existencia de meniscopatía externa de rodilla izquierda. Es derivado a su médico de primaria, y recomendando control por traumatólogo de zona.

D.- 01.10.18, por parte de su médico de atención primaria cursa nueva interconsulta con traumatología, esta vez de carácter preferente. Ese mismo día 1 de octubre de 2018 acude a (...) (Centro de Estudio y Tratamiento del Aparato Locomotor) para valoración por traumatólogo en régimen privado. El día 4 de octubre se realiza también con carácter privado resonancia magnética de rodilla izquierda, siendo el resultado:

Condromalacia. Es decir presenta una lesión degenerativa, artrosis con reblandecimiento del cartílago rotuliano que se produce como consecuencia de los traumas y micro traumas repetitivos.

E.-El 19 de octubre de 2018 es atendido en consultas externas de Traumatología del Hospital Universitario Insular procediendo a realizar infiltración en la rodilla.: “Infiltración rodilla sin complicaciones”

Con independencia de las consultas privadas, prosigue tratamiento y control en el Hospital universitario Insular, se pauta y prepara tratamiento consistente en plasma rico en plaquetas para la osteoartrosis que le afecta».

III

1. El procedimiento comenzó con la presentación en tiempo y forma de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado, efectuada el día 14 de diciembre de 2018.

2. El día 31 de octubre de 2018, se dictó la Resolución núm. 254/2018 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada por los interesados.

3. El presente procedimiento cuenta con el informe del SIP y el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del CHUIMI, se acordó la apertura de la fase probatoria, sin que se solicitara la práctica de prueba alguna, y se le otorgó el trámite de vista y audiencia al interesado, que presentó escrito de alegaciones.

Por último, el día 26 de febrero de 2020 se dictó una primera Propuesta de Resolución, acompañada del Borrador de la Resolución definitiva y del informe de la Asesoría Jurídica Departamental. El día 27 de abril de 2020 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva habiendo vencido el plazo resolutorio, lo que no obsta para resolver expresamente al existir deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los económicos que pudiera comportar (art. 21 LPACAP).

4. Concurren los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. LRJSP).

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado, pues el órgano instructor considera que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria.

En dicha Propuesta de Resolución también se afirma que «A la vista de la historia clínica y de los informes obrantes en el expediente se concluye que la asistencia sanitaria prestada a (...) se ajustó a la *lex artis*, su dolencia requería tratamiento conservador.

(...) Por otra parte cabe reseñar que es en el trámite de audiencia cuando el reclamante alude por primera vez a las "indemnizaciones que procedan por tener que desplazarse en silla de ruedas permanentemente, ocupando a una tercera persona", lo que por cierto contradice lo expuesto en su escrito de 2 de mayo de 2019 (folio 50) en el que informó, entre otros

extremos, que «Al día de hoy no tengo limitación de movimientos, solo tengo algunas molestias (...)».

2. En este caso, el interesado no ha aportado ningún elemento probatorio que permita considerar como ciertas las alegaciones que realiza en su escrito de reclamación acerca de la deficiente actuación de los servicios sanitarios durante el proceso médico al que fue sometido como consecuencia de sus lesiones en las rodillas y, además, tampoco ha presentado ninguna prueba que desacredite la información médica que en sentido contrario aporta el SCS.

En informe del SIP se afirma, con base en el historial médico y en el informe del Servicio que «Entre el 10 de septiembre y el 19 de octubre de 2018 transcurrió un plazo adecuado para una afección degenerativa no urgente, que requería exclusivamente tratamiento conservador. Dicho periodo de tiempo no ha supuesto ni riesgo ni complicación ni agravamiento alguno», lo que implica que, de acuerdo con el tipo de lesión que el interesado padecía, la misma fue tratada dentro de un plazo razonable y de forma adecuada, sin que tampoco se haya probado por su parte que un tratamiento conservador era inadecuado para la misma.

3. Asimismo, el interesado no ha demostrado haber sufrido daño alguno, pues no ha presentado ninguna prueba que acredite que en la actualidad tenga tal limitación funcional, a causa de su lesión de rodilla, que necesite de silla de ruedas y de la ayuda de un tercero para realizar su actividad cotidiana. Por el contrario, en su escrito presentado el 2 de mayo de 2019, página 50 del expediente, manifiesta que, tras su revisión médica realizada por especialista el día 1 de marzo de 2019, no tiene limitación de movimientos alguna, sino que sólo presenta leves molestias en sus rodillas, evidentemente la propias de su patología degenerativa, la meniscopatía que padece, lo que, además, evidencia los buenos resultados del tratamiento dispensado por el Servicio.

Pero es más, el reclamante incurre en otras contradicciones en su relato de los hechos acaecidos. Así, omite que con fechas 1 de octubre y 10 de octubre desde el Centro de Salud se realiza interconsulta con carácter de preferente al servicio de traumatología, mientras señala que al acudir el 28 de septiembre a tal Centro sólo se limitaron a indicarle que allí no había traumatología, extremo que además no prueba; tampoco en su relato señala cómo es que es atendido el día 19 de octubre, algo que está demostrado por reseñarlo así tanto el traumatólogo que lo atendió (folio 58 expediente) como el jefe del servicio (folio 60 expediente).

Lo cierto es que el tratamiento dispensado fue constante, adecuado y en tiempo razonable. Así, el día 19 de octubre acude a consulta y se le infiltra, el 30 de noviembre se le vuelve a tratar, solicitando preparación de plasma rico en plaquetas, el 14 de diciembre es aceptado y se generan citas sucesivas para infiltración, la primera el día 25 de enero, así como dos más. Además el 19 de diciembre se le da cita para consulta en CAE de Telde.

4. Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante en casos similares al que nos ocupa, como se hace en el Dictamen 17/2020, de 16 de enero, que:

«3. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, en relación con la obligación de medios que le corresponde a la Administración sanitaria y el criterio de la *lex artis* como delimitador de los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre, 69/2019, de 28 de febrero, 341/2019, de 3 de octubre y 442/2019, de 28 de noviembre), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

4. También hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 87/2019, de 13 de marzo), que según el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -norma no aplicable al presente caso, pero similar al art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. Conforme dispone el art. 77.1 LPACAP en concordancia con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), 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 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 aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)», doctrina que resulta aplicable en virtud de lo afirmado anteriormente.

5. En cuanto a los gastos que reclama por haber acudido a la medicina privada, es necesario a la hora de analizar esta cuestión partir de la Doctrina de este Consejo Consultivo en la materia y, además, se ha de tener en cuenta que en este caso se han puesto a disposición del interesado todos los medios personales y materiales con los que cuenta el SCS, habiendo obtenido un resultado más que satisfactorio, sin perjuicio de que la obligación del SCS, en supuestos como este, sólo es de medios y nunca de resultados.

En el Dictamen de este Organismo 82/2017, de 15 de marzo, se afirma en relación con esta cuestión que:

«En cuanto a la solicitud referida al Servicio Canario de la Salud para que soporte el costo de la intervención a efectuar por la Dra. (...), de París, de acuerdo con los principios

generales del Sistema de la Salud, así como lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), la sanidad pública tiene la obligación de atender sanitariamente a los ciudadanos pero no de abonar a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en Ley General de Sanidad, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

El desarrollo reglamentario de este precepto de la LGS lo representa actualmente el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que dispone:

“La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos 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 aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.

Reiterada jurisprudencia en relación con estos preceptos o con sus antecedentes legales ha insistido en que la prestación sanitaria exigible en el ámbito de la sanidad pública responde a los siguientes ejes fundamentales: que la citada prestación ha de otorgarse con los medios disponibles del Sistema Nacional de Salud; que la asistencia sanitaria ha de llevarse a cabo en términos de eficacia e igualdad, pero también en términos que permitan la estabilidad financiera del sistema, lo cual precipita en todo caso que la asistencia debida por el servicio público de salud se encuentra sometida a limitaciones; que no existe un derecho de opción de los beneficiarios del sistema público de salud para recabar asistencia sanitaria fuera del ámbito de ese sistema, ya que el recurso a la sanidad privada es excepcional por imperativo legal, ha de justificarse en cada caso y ha de hacerse ello con especial rigor, habida cuenta la calidad cierta de los recursos económicos y dotacionales del sistema público y la cualificación técnica y humana del personal al servicio del mismo; que, en razón de lo anterior, el servicio público de salud no puede arrostrar los gastos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a ese servicio, excepción hecha de los casos reglamentariamente establecidos; que, en atención a las previsiones reglamentarias vigentes, el recurso a la asistencia sanitaria privada que es susceptible de ser económicamente asumido por el sistema público de salud es exclusivamente el recurso debido a una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, siempre que conste que no se pudieron utilizar los servicios sanitarios públicos y que se acudió a la prestación sanitaria privada de forma no abusiva ni desviada; y que una interpretación extensiva de la responsabilidad del sistema

sanitario público por gastos generados como consecuencia de asistencia prestada en el ámbito privado, es interpretación que bien puede abrir la inaceptable espita discriminatoria consistente en incrementar las posibilidades de recepción de asistencia sanitaria en favor de quienes dispongan de recursos económicos para acudir a la asistencia privada, iniciando a renglón seguido el procedimiento para intentar obtener la restitución del desembolso efectuado, posibilidad que en ningún caso existiría para el mayoritario colectivo que carece de los recursos necesarios a tal fin», doctrina que resulta aplicable en un caso como éste en el que nunca ha habido necesidad de una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital y en el que, como ya se refirió, se han puesto a disposición del interesado todos los medios con los que cuenta el SCS.

6. Por todo ello, no se ha probado la concurrencia de relación de causalidad entre el adecuado funcionamiento del Servicio y el daño alegado y no acreditado por el interesado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación presentada por el interesado resulta ser conforme a Derecho en virtud de los razonamientos expuestos en el Fundamento IV de este Dictamen.