



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 9 5 / 2 0 2 0

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de julio 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 tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 249/2020 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 alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. En este asunto la cuantía reclamada asciende a 30.000 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.

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.

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.

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

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

de las Administraciones Públicas (LPACAP) porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma, así como 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.

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, la interesada manifiesta lo siguiente en el escrito de mejora de su reclamación:

Que el día 27 de junio de 2018 fue intervenida en el Hospital Universitario de Canarias (HUC) de blefarochalasis bilateral superior y que no está conforme con los resultados, ni con las secuelas que tal intervención le ha dejado, habiendo tenido que asistir a centros privados, donde se ha comprobado el mal resultado de dicha cirugía ocular y se le ha recomendado la realización de una nueva blefaroplastia bilateral superior.

Así mismo, alega que en el momento de reclamar y durante la tramitación del presente procedimiento estaba pendiente de pruebas neurológicas para comprobar si por padecer miastenia gravis, una enfermedad neurológica, tiene dañado el nervio óptico.

Y, en fin, manifiesta también que sufre secuelas psicológicas ocasionadas por el mal resultado de la referida cirugía.

Por tanto, la interesada reclama porque considera que la intervención de blefaroplastia realizada fue defectuosa y, por ello, su resultado fue insatisfactorio, solicitando una indemnización total de 30.000 euros, en la que se incluyen los gastos que tuvo que realizar en el ámbito de la medicina privada y los que tendrá que hacer si decide reintervenirse de su dolencia en dicho ámbito.

2. Para la perfecta comprensión del hecho lesivo, en este caso, es conveniente transcribir parcialmente el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS (SIP):

«1.- La señora reclamante presenta informe de asistencia oftalmológica privada del 9 de agosto de 2017. En dicha consulta la paciente (...) acude por prurito ocular bilateral, cierta pesadez palpebral y disminución de la agudeza visual progresiva.»

La valoración oftálmica refiere que la visión con corrección es normal, existencia de inicio de cataratas, y dermatochalasis en ambos ojos.

2.- El 29 de diciembre de 2017 acude al Servicio de Alergia del HUC remitida para estudio tras consejo oftalmológico. Asocia a sus síntomas oculares [lagrimeo, eritema, visión borrosa (...)] los síntomas nasales (rinorrea, picor). No clínica compatible con asma, reacción adversa a medicamentos o reacción adversa a alimentos. Le realizan un Prick-test a neuroalérgenos que es negativo. El juicio diagnóstico es de rinoconjuntivitis en paciente no sensibilizada a alérgenos inhalantes habituales. Mantener tratamiento sintomático indicado por Oftalmólogo, mantener spray nasal indicado por médico de cabecera.

3.- El médico de cabecera remite al centro de especialidades de La Laguna para valoración de blefarochalasis superior bilateral. Acude al CAE de La Laguna el 20 de febrero de 2018. La paciente refiere al Oftalmólogo que el médico de cabecera le comenta que la blefaroplastia le mejoraría la visión. A la exploración figura que le observan leve blefaroplastia bilateral que no explica ni justifica falta de agudeza visual.

En abril de 2018 se remite desde el Servicio de Oftalmología para valoración en la Unidad Especializada de Anejos para valorar cirugía si procede por blefarochalasis.

4.- Paciente mujer de 68 años de edad que acude para tratamiento quirúrgico de blefarochalasis bilateral superior, en fecha 27/06/2018, firma previamente consentimiento informado. Se realiza blefaroplastia bilateral superior bajo anestesia local, sin incidencias. Tratamiento médico al alta con cuidados pautados. Cita en el Servicio de Oftalmología el 9 de julio de 2018, nueva cita para el 12 de septiembre de 2018.

5.- El 9 de julio de 2018 en consulta de Oftalmología escriben en historia clínica: "correcto aspecto, no infección. Retiro sutura sin incidencias. Cito en 1-2 meses, pomada de icol seguir, y aceite de rosa de mosqueta de noche.

6.- El 12 de septiembre de 2018 se realiza revisión de la Cirugía efectuada de blefaroplastia bilateral superior. Refiere intenso picor ocular y mala AV.

Observan y anotan de nuevo: correcto aspecto. DRM OD 4/ 01 5 resto simétrico. El MRD o DRM es la medición más extendida para evaluar la gravedad de la ptosis palpebral, es la distancia entre el reflejo de la córnea y el margen palpebral. Se considera que existe una ptosis palpebral cuando el MRD se encuentra por debajo de 2,5mm. Un MRD normal se encuentra entre 2,5mm y 5 mm FEPS> 15 AO. Este dato es fundamental a la hora de clasificar la ptosis palpebral. Se mide como la excursión que realiza el borde del párpado superior desde la mirada inferior extrema hasta la elevación completa. En condiciones normales el párpado superior puede seguir el movimiento ocular, este movimiento supone una rotación vertical de 90° o un cuarto de la circunferencia del globo ocular (20mm x 3,14 / 4-15,7mm). Una función de elevador de >15mm es normal. AV (CSC) OD 0,9. 01 0,8. Esta es la agudeza

visual. Dentro de parámetros normales. Autorrefactor: OD +2 (-0,75 a 128). 01 + 1,25 (-0,25 a 70).

PA: Cornea FLUO Negativo. BUT ligeramente aumentado. Facoescclerosis (cataratas). TM;14 AO. Plan: Hyaback cada 2-3 horas. Zaditen cada 12 horas si mucho picor. Control en 3 meses. La evolución no tiene incidencias y es dada de alta el 12 de septiembre de 2018, para control en CAE. Lo que nos dice esta valoración oftalmológica postquirúrgica. tras 3 meses es que no hay blefarochalasis, en estos momentos, septiembre de 2018.

7.- El 29 de abril de 2019 acude al CAE San Benito en consulta con Neurología donde se inician estudios para despistaje de enfermedad neurológica, analíticas (...) los resultados son negativos, pendiente de otras pruebas. En mayo de 2019 no acude a consulta de Neurología. En julio de 2019 el estudio Neurofisiológico es normal, hasta estos momentos analíticas, anticuerpos etc., han resultado negativos en la búsqueda de patología neurológica.

8.- La paciente escribe reclamación el 13 de mayo de 2019, con respecto a recidiva de la blefarochalasis. El 21 de agosto de 2019 la reclamante acude a consulta oftalmológica en (...). Presenta documentación de dicha asistencia. El estudio oftalmológico efectuado refiere que el estudio neurofisiológico es normal, visión normal, y diagnostican ptosis aponeurótica de ojo derecho leve asimétrica. Ante ello planean cirugía del ojo derecho».

3. Estas consideraciones deben completarse con la descripción de la patología ocular de la interesada, que se hace también en el informe del SIP en los siguientes términos:

«La blefarochalasis es el diagnóstico que se realiza cuando hay exceso de piel y laxitud aumentada en los párpados. El síndrome de blefarochalasis es una rara enfermedad con episodios reiterados de edema palpebral seguidos por una pérdida de tejidos subcutáneo con la consiguiente ptosis palpebral y debilitamiento del septum orbitario. Se debe diferenciar de otras patologías que presentan alguna de sus características principales como edema, ptosis e inflamación recurrente. La etiología es aun desconocida, siendo su incidencia mayor en adultos jóvenes sin diferencia de sexo. También puede haber características familiares de laxitud cutánea que la favorecen, así como la edad. La exposición solar o el tabaquismo son factores relevantes tanto en su inicio como en su agravamiento.

Los tratamientos actuales médicos y/o quirúrgicos no logran garantizar soluciones a largo plazo o la resolución definitiva a las recaídas propias de la enfermedad. La cirugía de los párpados, técnicamente conocida como blefaroplastia, es un procedimiento para extraer la grasa y el exceso de piel y músculo de los párpados superiores e inferiores.

La blefaroplastia puede corregir la caída de los párpados superiores y las bolsas de los inferiores, características que hacen que parezcamos mayores y más cansados de lo que somos y que, en algunos casos, pueden interferir con la visión. Tras la cirugía, se le aplicará una pomada en los ojos para lubricarlos, y en algunos casos, un vendaje suave. Puede tener

molestias sobre los párpados; si las hubiese, se alivian fácilmente con la medicación prescrita por su cirujano (si presentase dolor severo o persistente debe comunicárselo a su cirujano). Durante las primeras semanas puede notar lagrimeo excesivo, hipersensibilidad a la luz y cambios temporales en la agudeza visual, como visión borrosa o doble.

La cirugía de la ptosis palpebral es considerada una de las intervenciones más complejas dentro de la Oculoplástica. A pesar de las múltiples técnicas descritas sigue siendo un reto para el cirujano oculoplástico alcanzar un resultado satisfactorio y definitivo. Existen diferentes tipos de ptosis palpebral siendo la aponeurótica adquirida la más frecuente, este tipo de ptosis palpebral está asociada a la edad y la base fisiopatológica se encuentra en la desinserción de la aponeurosis del elevador del párpado superior (EPS) de la placa tarsal.

La recidiva postquirúrgica a un mes de la cirugía se ha evidenciado estadísticamente. La media en meses para momento de aparición de la recidiva es 6,719 meses aunque se registraron datos desde la segunda semana del postoperatorio hasta 10 años después de la cirugía».

III

1. El procedimiento comenzó el día 13 de mayo de 2019, a través de la presentación de la reclamación efectuada por la interesada, acompañada de diversa documentación.

2. El día 28 de mayo de 2019, se dictó la Resolución núm. 1.332/2019 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 con el informe del Servicio de Oftalmología del HUC. Además, 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 a la interesada, quien no presentó escrito de alegaciones.

Por último, el día 17 de junio de 2020 se dictó la Propuesta de Resolución definitiva, 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. No se recaba informe del Servicio Jurídico, según reseña la Propuesta de Resolución porque: «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 recaba el informe

de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico.

Asimismo, en el caso que nos ocupa, le es aplicable lo dispuesto en el informe de AJD 234/18 (ERP 169/17), que concluye: "cabe considerar procedente la desestimación de la reclamación formulada (...) no habiéndose aportado por el interesado prueba suficiente que pueda sostener las alegaciones por aquel presentadas, no ha dejado acreditado que sufriera daño alguno, ni que la asistencia sanitaria prestada fuera contraria a la lex artis ad hoc o que hubiese habido mala praxis alguna. No ha quedado acreditado que el reclamante haya sufrido un daño antijurídico que no tenga el deber jurídico de soportar y del que se pueda derivar responsabilidad patrimonial de la por el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, no mediando relación de causalidad entre el proceder médico de la Administración sanitaria y los padecimientos aducidos por aquel».

5. 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 es de sentido desestimatorio, puesto que el órgano instructor considera que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

En relación con este asunto se afirma en la Propuesta de Resolución que «1.- La intervención estaba recomendada por especialista y se llevó a cabo sin incidencias y siguiendo los protocolos. Al dar el alta definitiva a la paciente en septiembre de 2018 no existía problemática ocular, ni recidiva de la patología operada, como está demostrado en la exploración efectuada en dicha fecha. Lo que no descarta ello es que apareciera recidiva posteriormente, como así ocurrió. Hay que referir que la recidiva es catalogada de leve y solo en una zona, la temporal, y en un párpado, el del ojo derecho.

2.- La paciente muestra informe privado en visita efectuada el 26 de agosto de 2019, sobre la recidiva parcial, y posibilidad de reintervención, que no se ha efectuado aún. Esta recidiva estaba contemplada en el DCI que firmó antes de someterse a la intervención, y asumiendo por tanto que conocía esta posibilidad, como bien refiere en su informe el Jefe del Servicio de Oftalmología del HUC esta intervención se puede hacer en dicho hospital público perfectamente. No se han negado a ello».

2. Cumple indicar, en primer lugar, que la interesada no ha presentado prueba alguna que permita considerar que la intervención quirúrgica referida se realizó de forma contraria a la *lex artis*, contrariamente a lo señalado en el informe del SIP, específicamente en relación con los resultados de dicha intervención: «2.- Al dar el alta a la paciente en septiembre de 2018 no existía problemática ocular, ni recidiva de la

patología operada, como está demostrado en la exploración efectuada en dicha fecha. Lo que no descarta ello es que apareciera recidiva posteriormente, como así ocurrió. Hay que referir que la recidiva es catalogada de leve y solo en una zona, la temporal, y en un párpado, el del ojo derecho».

Sin soporte en elemento probatorio alguno, ya de entrada, no puede prosperar la reclamación de responsabilidad. Pero es que, además, el informe del Servicio actuante afirma que *«Respecto a que en la cirugía se le “dañó el nervio óptico”, comentar que es un hecho improbable relacionado con la cirugía realizada puesto que la misma se hizo en los párpados y no en el globo ocular».*

Y, por otro lado, en la documentación correspondiente al consentimiento informado, firmada por la interesada (página 87 del expediente), consta que *«Como toda cirugía, la de los anejos oculares no está exenta de complicaciones. Las más graves son infecciones, hemorragias, deshicencias de suturas, o corrección incompleta del defecto, entre otras, pudiendo necesitar una intervención posterior o tratamiento complementario»*; de tal manera que la recidiva de su patología constituía una de los riesgos propios e inevitables de la cirugía a la que se le sometió y de cuya posible producción era consciente la interesada a la hora de prestar el consentimiento necesario para la realización de la cirugía ocular referida.

3. A propósito del consentimiento informado este Consejo Consultivo ha señalado en su Dictamen 136/2019, de 16 de abril, que:

«6. Como de forma constante ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la adecuación a la lex artis no exige únicamente que se pongan a disposición del paciente los medios precisos para tratar de curar la patología presentada y que éstos sean desarrollados en las debidas condiciones, sino también que aquél reciba cumplida información acerca de las opciones clínicas disponibles y de los riesgos que las mismas engendran, ya que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

En este sentido, la Ley 41/2002 enuncia en su art. 2, entre sus principios básicos, la exigencia, con carácter general, del previo y preceptivo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada y que se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley (apartado 2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3 del mismo precepto), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (apartado 4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio

indispensable para ayudarlo a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que lo atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, su art. 8.2 determina que el consentimiento será verbal por regla general, salvo en los supuestos que el propio precepto excepciona (intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente). En cuanto a las condiciones de la información a los efectos de recabar el consentimiento por escrito, el art. 10 exige que el facultativo proporcione al paciente la información básica relativa a las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con sus circunstancias personales o profesionales, los que resulten probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones.

La jurisprudencia de manera constante ha venido sosteniendo que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye una infracción de la lex artis que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, como expresamente reconocen las SSTS de 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo, 4 de octubre de 2011, 30 de abril de 2013 y 26 de mayo de 2015, entre otras.

La interpretación que el Tribunal Supremo ha venido realizando con base en lo previsto en la Ley General de Sanidad en cuanto a la exigencia de detalles en la información que ha de darse al paciente comporta dos consecuencias fundamentales:

- La regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información.

- Esta regulación implica además que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación de funcionamiento anormal de la Administración. Por el contrario, su cumplimiento en debida forma supone que es el paciente quien asume las consecuencias derivadas de las actuaciones sanitarias, siempre y cuando éstas hayan sido conformes a la *lex artis ad hoc*. El consentimiento informado constituye así uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar que un acto médico correcto no haya alcanzado todos los objetivos terapéuticos que perseguía. De esta forma, los pacientes, en cuanto asumen los beneficios que se derivan de una intervención quirúrgica, asumen igualmente los riesgos cuya concreción resulte posible a pesar de que el acto médico fuera correctamente practicado. El deber de soportar que no se alcance un éxito terapéutico completo resulta de la asunción voluntaria de ese riesgo, por lo que, de concretarse éste, la lesión no revestiría el carácter de antijurídica.

Lo anterior implica que, en supuestos como el que nos ocupa, aunque pese a que la cirugía se desarrolle correctamente y sin incidencia alguna, como aquí ocurrió, se pueden producir diversos daños sobre los que se le informó previamente, prestando su consentimiento a la realización de la intervención quirúrgica, con carácter previo a su ejecución y con pleno conocimiento de los posibles riesgos.

Así, este Consejo Consultivo ha señalado en supuestos similares, como por ejemplo en el reciente Dictamen 117/2019, de 4 de abril, que:

“Por lo tanto, lo acontecido supone la producción efectiva de uno de los riesgos que se incluían en dicha documentación, sin que se pruebe por la interesada que se deba a una mala praxis, como ya se manifestó, ni que los servicios sanitarios no intentaron evitarlos y paliar sus consecuencias con la totalidad de los medios de los que dispone el SCS.

En relación con ello, este Consejo Consultivo ha manifestado reiteradamente, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia que la regulación del consentimiento informado implica que la responsabilidad por las consecuencias que puedan surgir de los posibles riesgos derivados de las actuaciones médicas, siempre y cuando se haya actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, será asumida por el propio paciente (por todos, DDCC 576/2018 y 49/2019)“».

4. Todo ello resulta aplicable a este caso por las razones ya antes expuestas, es decir, porque no se ha acreditado por la interesada mala praxis a la hora de efectuar la intervención, ni tampoco que los servicios sanitarios no pusieran todos los medios a su alcance para evitar la producción efectiva de tales riesgos.

En relación con esto último, en el Dictamen 140/2020, de 21 de mayo, se afirma acerca de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario 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*, (...)

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 al presente asunto en virtud de lo afirmado anteriormente».

Doctrina que también es aplicable a este caso.

5. Por último, la interesada reclama también los gastos que tuvo que hacer en el ámbito de la medicina privada al considerar que la mala praxis en la cirugía ocular realizada, la cual no se ha demostrado como ya se manifestó, le causó la recidiva de su dolencia y la necesidad de realizarse nuevas pruebas diagnósticas y una segunda intervención, la cual desea practicarla en un centro hospitalario privado.

A este respecto se ha manifestado por parte del Servicio en el informe emitido (página 70 del expediente) que la reintervención de su dolencia puede realizarse en el HUC, que tal posibilidad no se le ha negado, sino que se considera que, como está pendiente de los resultados de una posible patología neurológica que puede afectar al nervio óptico, sería conveniente esperar a los resultados de los mismos.

Este Consejo Consultivo ha manifestado, en relación con la reclamación de gastos generados por acudir los interesados a la medicina privada, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en el ya referido Dictamen 140/2020, de 21 de mayo, lo siguiente:

«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 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 aplicable a este caso.

Atendidas las circunstancias de este caso, anteriormente señaladas, y aplicando esta doctrina, cabe afirmar que en este supuesto no concurren las circunstancias excepcionales contempladas en la normativa de aplicación que impliquen que el SCS deba asumir los gastos derivados de una posible reintervención de su patología ocular.

6. Por cuanto antecede, en suma, procede concluir que no se ha demostrado la existencia de la requerida relación de causalidad entre el correcto funcionamiento del servicio y los daños reclamados por la interesada para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, objeto de este Dictamen, que desestima la reclamación, es conforme a Derecho, en virtud de lo razonado en el Fundamento IV.