



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 189/2023

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 27 de abril de 2023.

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 los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 109/2023 IDS)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

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

Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-, en relación con el art. 81.2 de

---

\* Ponente: Sra. de León Marrero.

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

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

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

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 [B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015] de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con lo previsto en los arts.10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

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

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

5.2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción [art. 67.1 LPACAP]. Extremo éste que no es cuestionado por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución, toda vez que la reclamación se presenta el 27 de junio de 2019 en relación con la consulta médica realizada el 28 de agosto de 2018.

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

## II

1. La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital Doctor José Molina Orosa de Lanzarote.

A este respecto, la perjudicada fundamenta su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -folios 3 y ss.-:

*«Primero.- Que desde el año 2014, se está tratando en Interconsulta Traumatología (Hospital de Lanzarote - Dr. José Molina Orosa). Cuando comenzó a asistir a esa Interconsulta sentía dolor en rodilla izquierda. Con posterioridad, año 2016, comienza con dolor en rodilla derecha, distinto dolor al de la rodilla izquierda (ya tenía identificado dolor de la rodilla izquierda porque lo conocía de todo el tiempo que lo venía sintiendo). Este dolor en rodilla derecha lo manifiesta desde el 28/11/2016, en Interconsulta Traumatología. (...) . Que continúa con el dolor el 24/04/7/2017 y así lo manifiesta en Interconsulta de Traumatología. (...) . Que lo vuelve a manifestar el 21/7/2017. (...) .*

*Segundo.- Que cuando finalmente está en consulta con Facultativo (28 de agosto de 2018), le explica el dolor que tiene en rodilla derecha, a la vez que explica, desde cuando lo padece, y el Traumatólogo que la atiende, le expone que: "que siendo (...) camarera de piso, ese dolor corresponde con las labores propias del desempeño de las funciones que desarrolla en su trabajo y que eso es debido a la ciática y que genera a su vez ese dolor en su rodilla derecha". No le presta más atención, sin solicitarle ninguna otra prueba complementaria que consolide o se aproxime a ese diagnóstico, y le comunica que se van a centrar en su rodilla izquierda, y que la consulta presente y posteriores tendrán su atención en la rodilla izquierda. (...) (viene referida en la consulta realizada por (...) - Traumatólogo).*

*Tercero.- Que (...) continuó con el dolor, que además le estaba afectando anímicamente, ya que, como NO se procedió médicamente a prescribir ningún tipo de prueba o similar, para indagar sobre ese dolor cada vez más intenso, continuo y limitante, comenzó a experimentar, sobre todo en su puesto de trabajo, "cierta fobia", por si el dolor le acusaba realizando su función laboral y cuando esto ocurría, no podía continuar con su tareas, tenía que hablarlo*

con su jefa y a veces tenía que seguir soportándolo y otras veces, tenía que marcharse porque no podía continuar. Esto fue así durante un periodo largo de tiempo, que se fue intensificando, hasta que en febrero de 2019, causa baja en el trabajo. En abril se le finalizaba el contrato laboral y no le volvieron a renovar dicho contrato. En varias ocasiones acudió a Urgencias por igual motivo, dolor en Rodilla Derecha.

Cuarto.- Que en septiembre u octubre del año 2018, estando un día en (...), se está promocionando SEGURO ASISTENCIA SANITARIA POR (...) y después de haberlo valorado con su familia lo contratan para (...), su marido y sus dos hijos. Se hace alusión a este seguro, porque en virtud de la respuesta nula y/o errónea tanto desde el punto médico y como del servicio de atención al paciente, del Servicio Canario de Salud, inician solicitud para que se la valore a través de aquel seguro privado. A finales de abril del presente año. (...).

Quinto.- Que en atención al dolor que muestra (...), el seguro privado realiza pruebas diagnósticas (4 de mayo, 16 de mayo/2019). Informe Médico diagnóstico por imagen (...) . Realización punción ecoguiada para extraer material por biopsia (...).

El 11 de junio de 2019, se la informa de TUMORACIÓN EN REGIÓN ANTEROMEDIAL DE RODILLA DERECHA. (...).

Comenzó el estudio de su dolencia en (...), aunque para pruebas específicas e intervención se la remite entre otros al Hospital (...) en Madrid. De entre los que puede elegir, hace esta elección (...), porque tiene familiar que reside en esa zona y con ello minimiza costes.

Sexto.- Que el 9 de julio del presente año, se le DIAGNOSTICA: LEIMIOMA EN LA RODILLA DERECHA y se prescribe seguimiento por la Unidad de Tumores. (...) . El 30 de julio del presente año es intervenida quirúrgicamente por aquel motivo.

Séptimo.- Que la reclamante el 31 de julio/2019, causa ALTA HOSPITALARIA. Y es su seguro privado el que le cubre además la rehabilitación, ya que, según servicio de rehabilitación del Hospital José Molina Orosa, hasta un periodo aproximado de un año no le iban a ofrecer ese servicio. La llamaron los cinco meses para valorar y en espera en la actualidad para que se realice esa asistencia.

Octavo.- Que a la reclamante se le menciona que tendrá que costear, los billetes de avión, las dietas y otros gastos relacionados con sus estancias en Madrid, durante la realización de las pruebas y posterior intervención quirúrgica. Siendo esto un perjuicio económico grave para (...), cuya situación personal - económica es muy limitada. Causa baja en su trabajo por este motivo y llegada la fecha de finalización de contrato, no se le renueva el mismo. Uno de los motivos posibles, pudo ser el hecho de que se encontraba en pleno proceso de diagnóstico por su seguro privado, A CONSECUENCIA, del agravamiento de su estado de salud POR EL ERROR DE DIAGNÓSTICO del Dr. (...) -Traumatólogo).

Noveno.- Que (...), con ocasión del ERROR DIAGNÓSTICO y NO TRATAMIENTO MÉDICO ADECUADO A SU SINTOMATOLOGÍA, tuvo que causar baja laboral por enfermedad (sin diagnóstico correcto ni aproximado, su estado de salud, se agravó, limitándola para sus tareas diarias personales, familiares y laborales); por otro lado, cuando se pudo producir renovación del contrato de trabajo, no tuvo opción al mismo (por carencia del diagnóstico correcto o aproximado en tiempo y forma y no con casi tres años de retrasos: el DOLOR rodilla derecha lo manifiesta desde el 28/11/2016, en Interconsulta Traumatología.

Noveno.- Que la reclamante, con ocasión del ERROR DIAGNÓSTICO y NO TRATAMIENTO MÉDICO ADECUADO A SU SINTOMATOLOGÍA, ha causado pérdida de la situación y capacidad económica que existía con anterioridad a los hechos relatados.

Décimo.- Que la reclamante (...), presenta reclamación en el Servicio de Atención al Paciente del Hospital Molina Orosa y se la informa que su reclamación ha sido enviada el 27/6/219, a la Dirección Médica de ese Hospital por ser de su competencia. (...) . Sin que haya recibido ningún tipo de respuesta al respecto de lo reclamado.

Además, la reclamante ha solicitado con motivo de este escrito la información relativa a las veces que ha tenido que acudir a urgencias del Hospital José Molina Orosa con ocasión del dolor y la respuesta que se le expone, es que esa información la tiene su Médica de Cabecera. Esta, le comenta cuando (...) se la solicita, que no puede facilitársela sin autorización del Hospital. La reclamante se dirige al servicio de Atención al Paciente y en el mismo se le comunica, que sí que se le facilitará pero que tendrá que esperar mínimo dos meses.

Undécimo.- Que (...), no recibió el diagnóstico adecuado a los síntomas que mostraba y comunicaba al facultativo especialista en la materia del Servicio Canario de Salud en la materia. Todo ello durante más de dos años, en lo que la falta de diagnóstico adecuado, conllevó no poner en marcha los medios necesarios para determinar lo que le estaba causando daño, tanto en su salud física como mental, ya que, el dolor no tratado adecuadamente, limita y angustia. El hecho de no haber detectado el Leímioma en rodilla derecha, por no haber empleado los medios de diagnóstico adecuados, la falta de atención a lo que el paciente comunica al especialista, la negación por parte del facultativo a contemplar diversas opciones y sólo afianzarse en la que "cree" es la adecuada, sin proveerse de los medios pertinentes para ello, ha derivado en grave perjuicio para la reclamante, perjuicio personal, familiar y laboral. Todo ello se fundamenta en ERROR DIAGNÓSTICO y NO TRATAMIENTO MÉDICO ADECUADO A SU SINTOMATOLOGÍA, a lo que se debe añadir el mal funcionamiento no sólo médico sino de carácter administrativo y de atención al paciente, en este nuestro Servicio Canario de Salud.

Duodécimo.- Que en la actualidad (...) continuará su seguimiento de la intervención quirúrgica que se mencionó con anterioridad, en el Centro Hospitalario en el que se la

realizaron. Esto se lo recomienda el Dr.(...) (col (...)), doctor que le practicó la intervención quirúrgica del Leimioma Rodilla derecha.

*Décimo tercero.- Que (...), además de reclamar compensación por alojamiento, manutención y desplazamiento en transporte No Concertado (esto se produce debido a lo que se ha venido reiterando sobre el mal funcionamiento del SCS, en diversos aspectos, de asistencia médica y de atención al paciente), reclama se la compense por el Daño Causado y consiguiente lucro cesante expuesto en esta reclamación».*

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y entendiendo que concurren los requisitos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la reclamante insta el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada por el Servicio Canario de la Salud, solicitando que le sea reconocido « (...) el derecho a una indemnización no especificada, sino que se estime por ese organismo (...) » -folio 7-.

### III

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

1. Mediante escrito con registro de entrada de 12 de diciembre de 2019 (...) insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada en el Hospital Doctor José Molina Orosa de Lanzarote.

2. Con fecha 16 de diciembre de 2019 se acuerda requerir a la interesada a fin de que subsane y/o mejore la reclamación formulada; trámite que, tras serle debidamente notificado a la interesada, no es cumplimentado por ésta.

3. La reclamación formulada por la Sra. (...) es admitida a trámite mediante Resolución de 22 de enero de 2020, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud [P.D. Resolución de 23 de diciembre de 2014, B.O.C. n.º 4, de 8 de enero], acordando la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y decretando, por el órgano instructor, realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al

expediente; entre ellos, la petición de informe al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable.

La precitada Resolución consta debidamente notificada a la interesada.

4. Con fecha 23 de enero de 2020 se cursa la correspondiente petición de informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud -en lo sucesivo, SIP-.

5. Con fecha 7 de mayo y 9 de julio de 2020 se requiere a la reclamante para que aporte la copia completa de la documentación clínica correspondiente a la asistencia sanitaria prestada en los Servicios ajenos al Servicio Canario de la Salud, tanto en Lanzarote como en Madrid. A tal efecto, le son notificados a la interesada sendos escritos el 12 de mayo y el 27 de julio de 2020, sin que ésta atendiese la petición formulada.

6. Con fecha 29 de septiembre de 2022 el SIP emite informe en relación con la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante por parte del Servicio Canario de la Salud.

Asimismo, consta en el expediente la evacuación de informe por parte del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, de 2 de marzo de 2020.

7. Con fecha 4 de octubre de 2022 -notificado a la reclamante el día 7 de ese mismo mes y año- se acuerda requerir a la interesada a fin de que formulase la proposición de prueba de que intentara valerse en el presente procedimiento.

Una vez transcurrido el plazo conferido, la reclamante no propone prueba alguna.

8. Con fecha 25 de octubre de 2022 se dicta acuerdo probatorio en cuya virtud se resuelve *«abrir un periodo probatorio de 30 días, a fin de recabar la documental 5 y 6 propuesta por esta Administración»*, esto es, la *«documentación clínica de la asistencia sanitaria prestada a la reclamante por Servicios ajenos al Servicio Canario de la Salud, tanto en Lanzarote como en Madrid, que deberá ser aportada por ella dentro del plazo conferido al efecto en el presente Acuerdo»* y el *«informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones, a la vista de la documentación anterior»*.

En este sentido, se requiere, una vez más, a la reclamante para que *« (...) aporte la documentación clínica de la asistencia sanitaria que le fue prestada por*

*Servicios ajenos al Servicio Canario de la Salud, tanto en Lanzarote como en Madrid».*

El acuerdo probatorio consta convenientemente notificado a la interesada el día 3 de noviembre de 2022.

9. Con fecha 21 de diciembre de 2022 se acuerda la apertura del preceptivo trámite de audiencia, que hubo de ser notificado a la interesada mediante inserción de anuncio en el Boletín Oficial del Estado de 19 de enero de 2023.

Una vez transcurrido el plazo conferido a tal efecto, no consta la presentación de alegaciones por parte de la interesada.

10. Figura en el expediente administrativo la emisión de informe por parte de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias con fecha 24 de febrero de 2023 [art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias].

11. Con fecha 28 de febrero de 2023 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...).

12. Mediante oficio de 2 de marzo de 2023 [con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente], se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias [art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCC].

## IV

1. Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo [entre otros, en su dictamen n.º 328/2020, de 10 de septiembre], *«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”.

*Es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración».*

2. Por otro lado, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada «*Lex artis ad hoc*».

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».*

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) *«que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: *«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.*

*Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».*

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.

En este mismo sentido se ha decantado este Consejo Consultivo de Canarias. Así, se ha de traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, de este Organismo, en el que se expresa lo siguiente:

*«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 más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cuál 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”.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta

*la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto". Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a *lex artis*, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización».*

3. Trasladadas las precedentes consideraciones al supuesto de hecho objeto de este Dictamen, se hace preciso señalar lo siguiente:

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

En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

3.2. La reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ve perfectamente reflejada, entre otros, en el Dictamen 272/2019, de 11 de julio:

*«Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del Código Civil (...), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho («semper necesitas probandi incumbit illi qui agit») así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega («ei incumbit probatio qui dicit non qui negat») y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios («notoria non egent probatione») y los hechos negativos («negativa non sunt probanda»). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de*

hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)».

2. A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

Finalmente, y como ha señalado de forma reiterada este Consejo Consultivo « (...) es necesario acreditar la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre el actuar administrativo y los daños que se reclamen, como se hace en los recientes Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero y 80/2017, de 15 de marzo, en los que se afirma que: «Además, como este Consejo ha manifestado recurrentemente (ver, por todos, los Dictámenes 238/2016, de 25 de julio y 343/2016, de 19 de octubre), sin la prueba de los hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y art. 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP). Esta prueba puede ser directa o por

*presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello la mera afirmación del reclamante, porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC)».*

3.3. Una vez examinado el contenido del expediente administrativo tramitado, y previa valoración conjunta de todo el material probatorio que obra en las presentes actuaciones, no resulta acreditado que la prestación sanitaria haya sido inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la «*lex artis ad hoc*». De esta manera, no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo.

En este sentido, resulta oportuno reproducir las consideraciones efectuadas por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución, al señalar -con remisión a los diversos informes evacuados durante la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial [art. 88.6 LPACAP]- cuanto se expone a continuación -folios 290 a 293-:

*«TERCERO.- En el supuesto que se analiza, y con los datos disponibles podemos afirmar que la atención sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud a la reclamante se ajustó a la *lex artis*, no habiéndose producido error diagnóstico, toda vez que la tumoración benigna en la rodilla derecha se manifestó en el año 2019 no antes.*

*Así mismo se ha producido una clara ruptura del nexo causal al abandonar voluntariamente la reclamante, la asistencia sanitaria pública. No existe constancia de que la patología que padecía revistiese el carácter de urgencia vital que propiciase tal abandono. Entendemos que la actuación del Servicio público sanitario desplegó todos los medios a su alcance. No obstante, la reclamante demandó una asistencia a los servicios sanitarios privados.*

*Se constata en el expediente que la paciente aquejada entre otros padecimientos de patología en ambas rodillas (de lo que hay constancia en la historia clínica desde el año 2011 y 2012) acudió en reiteradas ocasiones al Servicio de Traumatología del Hospital Dr. Molina Orosa. Desde ese Servicio se solicitaron pruebas diagnósticas: radiografías y resonancias magnéticas, se hacía el correspondiente seguimiento, se indicó rehabilitación (...) la paciente decidió acudir a la sanidad privada que simultaneó con la pública, sin que la realización de las intervenciones que se le realizaron privadamente revistiera el carácter urgente ni mucho menos urgencia vital para su realización. Ello determina la improcedencia de indemnización alguna en concepto de gastos ocasionados como consecuencia de su desplazamiento y asistencia en el ámbito privado: "compensación por alojamiento,*

manutención y desplazamiento en transporte no concertado" y menos aún, los que reclama como "lucro cesante", sin determinar ni acreditar.

*El Servicio de Inspección y Prestaciones a la vista de la historia clínica de la paciente emite informe que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.6 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se incorpora como fundamento de la presente Resolución.*

*Destacamos los siguientes extremos:*

*" (...) la reclamante tiene un seguimiento exhaustivo de sus patologías óseas desde el comienzo de las mismas y siguió siendo atendida en el SCS después de realizarse intervención privada.*

*Este seguimiento está referido tanto al médico de cabecera como por Traumatólogo, Reumatología y médico Rehabilitador. También realizaron en el SCS distintos y numerosas pruebas diagnósticas a lo largo de los años.*

*Consta realización de resonancias desde 2011 tanto de rodilla Dr, de la izquierda y lumbares, además de las correspondientes Rx.*

*Las primeras pruebas de RMN se realizan en: de rodilla izquierda RMN en 2011, RMN de la rodilla Dr en 2012 y RMN de la columna lumbar en 2014, y solicitadas y valoradas por Traumatólogo del SCS.*

*Por tanto, los inicios de la patología en rodilla Dr y su estudio no ocurren en 2016, como indica la Sra reclamante, ya fue estudiada con RMN en el año 2012 y valorada por Traumatólogo en Hospital de Lanzarote del SCS, Dr. José Molina Orosa, demostrando patología rotuliana en grado leve. Sin más.*

*Ninguna de estas pruebas declara patologías urgentes para cirugía, o bien relevantes para instaurar en lista de espera. El Traumatólogo decide no indicación quirúrgica rodilla izquierda, esta es la rodilla de la cual la paciente se queja más, en esos momentos sin indicación quirúrgica. No hay traumatismos previos referidos por la paciente.*

*En 2012 en la RMN de la rodilla derecha no se observa la lesión que se diagnosticará en 2019, la tumoración benigna.*

*La rodilla Dr aumenta clínica con el tiempo y tratan médicamente tras ser valorada por especialistas.*

*Igualmente empeora cíclicamente de la izquierda, así como de su patología lumbar.*

*El 13 de marzo de 2018 el Traumatólogo solicita RMN de rodilla Dr, de la Izquierda y zona lumbar, de nuevo. Tras la RMN y evolución clínica de rodilla izquierda se pone a la paciente en lista de espera quirúrgica para rodilla izquierda.*

*Las quejas de dolor son principalmente de rodilla izquierda hasta estas fechas hasta que se valora en urgencia hospitalaria y Traumatólogo por dolor en rodilla Dr en febrero de 2019, diagnosticando posible meniscopatía sin detectar nada más, “no hay deformidad ni tumoración dolor en cara medial, no eritema no aumento de temperatura, diagnostican gonalgia Dr, posible meniscopatía”.*

*En mayo de 2019 se coloca a la paciente en lista de espera quirúrgica para rodilla izquierda.*

*La paciente en esta época, y por su cuenta, sin comunicarlo previamente al SCS, acude a hospital privado e informa en mayo de 2019 a su médico de cabecera que en el mismo realizan diagnóstico de tumoración en rodilla Dr realizando estudio posterior con RMN y prevista cirugía y biopsia en Madrid el 30 de julio de 2019.*

*Los leiomiomas cutáneos superficiales o suprafasciales, constituyen un grupo de neoplasias benignas poco frecuentes, derivadas de las células musculares lisas presentes en la dermis y el tejido celular subcutáneo.*

*La paciente ya tenía cita en (...) para intervenir de la rodilla izquierda, pero le refieren que espere a la cirugía de la Dr.*

*La paciente no había informado de la RMN privada, ni del resto al SCS previamente.*

*El Traumatólogo del SCS es informado por el médico de cabecera cuando la paciente ya había realizado los diferentes trámites y pruebas, con cita en Madrid prevista.*

*Con posterioridad a la intervención quirúrgica, el SCS realiza rehabilitación de la rodilla operada. A su vez sigue atendida por el Servicio de Traumatología del SCS como siempre.”*

*Concluye el informe:*

*1.- Los inicios de la patología en rodilla Dr y su estudio no ocurren en 2016, como refiere la Sra reclamante, es estudiada por RMN en el año 2012 y valorada por Traumatólogo en Hospital de Lanzarote del SCS, Dr. José Molina Orosa, demostrando patología rotuliana en grado leve. Sin más. En 2012 en la RMN de la rodilla derecha no se observa la lesión que se diagnosticará en 2019, la tumoración benigna.*

*Ninguna de estas pruebas declara patologías urgentes para cirugía, o bien relevantes para instaurar en lista de espera.*

*2.- En consonancia con la clínica sufrida en el tiempo la paciente es atendida, por distintos especialistas y con distintas pruebas médicas y radiológicas.*

*3.- Ninguna de las patologías sufridas por la Sra reclamante son urgentes.*

*4.- A pesar de haber requerido, repetidamente, a la Sra. reclamante la documentación correspondiente a pruebas, contactos médicos, etc. desde inicio en la medicina privada, que*

*incluirían, entre otros, datos de la intervención quirúrgica e informes médicos del proceso, no nos ha sido facilitado, por tanto, la información que disponemos es incompleta.*

*En parecidos términos nos informa el Servicio de Traumatología del Hospital Dr José Molina Orosa, falta de datos para emisión de informe preceptivo.*

*CUARTO.- La asistencia sanitaria en el Servicio Público está documentada y fue correcta no habiendo sido denegada en ningún momento lo cual trae como consecuencia que la reclamante debe asumir los gastos que la realización de la intervención realizada privadamente le haya podido ocasionar, y que no procede indemnización alguna.*

*La confluencia de los dos ámbitos de actuación el público y el privado que se han simultaneado a voluntad por el reclamante, inciden de forma inequívoca en el nexo causal, consta además que no existía urgencia vital que abocase a una intervención en centro privado, resultando acreditado por el contrario que, el Servicio Canario de la Salud desplegó los medios disponibles para prestar la asistencia necesaria lo cual desvirtúa la necesidad de acudir al repetido centro privado.*

*Con carácter general, en nuestro sistema sanitario no existe derecho de opción entre la sanidad pública y la privada; es una posibilidad que tiene carácter excepcional, que el interesado tiene que justificar y que debe valorarse cautelosamente para evitar conceder el reintegro de unas cantidades devengadas por cuidados médicos que podrían haberse prestado en el ámbito de la sanidad pública.*

*En determinados supuestos, tales como la urgencia vital, la denegación de asistencia sanitaria y el error diagnóstico, se justifica la imputación a la Administración competente de la responsabilidad de reintegrar el gasto ocasionado como consecuencia de la prestación sanitaria en el ámbito privado ante la necesidad de colmar aquella inasistencia o de superar el error producido. Lo cual no ha acontecido en el presente caso.*

*QUINTO.- Lo anteriormente expuesto no ha resultado contradicho con prueba alguna, la reclamante a pesar de haber sido requerida en reiteradas ocasiones no ha facilitado datos ni documentos que permitan extraer conclusiones diferentes a las expuestas. De este modo y como reiteradamente ha expresado el Consejo Consultivo de Canarias en sus dictámenes (por todos el Dictamen 449/2022 de 22 de noviembre) que a este respecto señala (...) es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla*

*general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».*

*Considerando, pues, cuanto antecede, procede desestimar la reclamación formulada».*

Así pues, teniendo en cuenta que las patologías sufridas por la reclamante no requerían de una actuación médica urgente -según consta en los informes que figuran en las actuaciones y que no son refutados por la interesada-, y que el recurso a la sanidad privada se produjo voluntariamente y a iniciativa de la propia paciente, es obligado concluir que las consecuencias económicas de tal decisión no pueden ser trasladadas, sin más, a la Administración titular del servicio sanitario público, debiendo la reclamante soportar las consecuencias desfavorables de su actuación. Sin que, por otro lado, se aprecie -ni acredite- desatención o error en el diagnóstico por parte de los servicios médicos encuadrados en el Servicio Canario de la Salud.

4. En conclusión, teniendo en cuenta que, por una parte, la interesada no ha aportado medio de prueba alguno con virtualidad suficiente para sostener la reclamación que promueve [arts. 77.1 LPACAP en relación con el art. 217 LEC]; y que, por otra parte, a tenor del contenido de los diversos informes que obran en el expediente lejos está de poder inferirse en este caso que la asistencia sanitaria prestada fuera contraria a la *lex artis ad hoc*, es por lo que se entiende que no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo de Canarias.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración Pública Sanitaria, es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen.