



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 9 7 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 de octubre de 2024.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera 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. 567/2024 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 29 de agosto de 2024, con registro de entrada en el Consejo Consultivo de Canarias el día 10 de septiembre de 2024, se solicita por la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, la emisión de dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 25 de abril de 2023 a instancias de (...), por los presuntos daños ocasionados como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

2. Se reclama una indemnización por importe de 22.018,83 euros, más la cantidad que resulte del expediente en concepto de daños morales; cuantía que determina el carácter preceptivo del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la titular de la Consejería de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

* Ponente: Sra. Luengo Orol.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación tanto la citada LPACAP, como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, 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 (en adelante, LOSC); la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

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

4.1. En cuanto a la legitimación activa, en el presente procedimiento se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de la interesada, al sufrir en su esfera personal el daño por el que se reclama [art. 4.1.a) LPACAP].

4.2. 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.

5. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el SCS, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) LOSC.

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

7. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año establecido en el art. 67 LPACAP, pues se presenta el 25 de abril de 2023 respecto de un daño (esguince) que tuvo lugar el día 25 de abril de 2022, y cuya alta médica fue emitida el día 13 de febrero de 2023 por lo que la reclamación no se encuentra prescrita.

8. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

9. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que impida un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. La reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización 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 dispensada.

A este respecto, expone en su reclamación inicial los siguientes hechos:

«El día 25 de abril de 2022 acudí al servicio de urgencias de Valterra por la noche y al no realizarme radiografía por la hora acudí al Hospital Dr. José Molina Orosa ya día 26. El diagnóstico fue de esguince de tobillo, aunque a la exploración mostraba mucho dolor, se me indicó volver si empeoraba. A la semana volví porque empeoré y notaba algo raro, como que un tendón saltaba, tenía sospechas de que era algo más grave y en urgencia la Dra. que me atendió comprobó lo que le decía explorándome pero aun así me increpó que eso no era una urgencia, me dijo que pidiese con mi médico para consultas externas en traumatología y que si era de operar que tuviera paciencia porque a su suegra se le rompió la cadera y la tuvieron que operar por privado, decidió no practicarme ninguna prueba (procedería ecografía o resonancia) y me hizo "el favor" de llamar a la traumatóloga de guardia para contarle mi caso quien le respondió que habría que reparar (operar) y entonces me dice vete a casa, no apoyes el pie y espera a que te llamen que te he hecho "el favor" de pedir desde aquí la interconsulta urgente, pero que no me llamarían y que entonces fuera a atención al paciente, le dije que tenía muchísimo dolor que no podía dormir, me dijo que tomara ibuprofeno.

Esta negligente atención sanitaria, supuso para mí una gran inseguridad, una sensación de abandono horrible, no estoy protegida. Al salir de urgencias, me fui con las muletas a (...) para pedir una resonancia y pagarla pues necesitaba esa prueba, no tenía aún claro el diagnóstico. A la semana no me había llamado así que escribí a atención al paciente, me llamaron para darme cita, pero a tres semanas vista, como si con eso resolvieran el trámite sin importarles más y yo sin andar, con dolor, con miedo, con una niña desatendida. Luego me llaman "por error" para darme cita dos semanas antes por vía normal (no de atención al paciente) pero que como ya me habían dado de atención al paciente cita pues me quedaba (esto es gravísimo, había disponibilidad antes, era preferente y no me la ofrecen porque ya atención al paciente cumplió dándome una, sin valorar más, por trámite se hacen, así las cosas).

En ese tiempo obtengo la resonancia, acudo a diferentes fisioterapeutas, no tengo claro que me tenga que operar o no, sigo sin apoyar, perdiendo fuerza, algo en el tobillo me salta, me duele, no sé qué hacer, me lo coloco por intuición, no entiendo nada, me siento rota, abandonada, dolorida, mi niña llora y no la puedo atender. Acudo a la cita de traumatología me confirman que es de operar, que tengo el retínaculo de los tendones peroneos roto y por eso se luxan. Que es algo urgente y que me pondría en lista urgente, que calculase unas tres semanas. Esas tres semanas volví a confiar en el sistema, en que volvía a estar protegida, tenía solución y una fecha aproximada, aunque nerviosa, esperaba paciente. Pero las semanas pasaron y al salirse de lo previsto empecé a inquietarme, yo vivía pegada al teléfono esperando esa llamada, sin andar, pero con (...) La (...) fue desapareciendo y la inseguridad y la ansiedad creciendo. Escribí a atención al paciente que no podría esperar mucho más, mentalmente estaba destrozada, me pregunto por qué no dan más información por qué no hay un trato más humano, por que no hay apoyo psicológico para las personas que estamos en esa situación de vulnerabilidad. No sabía que pensar, no me daban información, llegaban a mis oídos noticias informales como que no había anestesistas suficientes o que había mucho covid o que no contara con ello que no me iban a operar y empecé a desesperarme.

Pasaron las semanas y la esperanza desapareció, no iban a operarme aquí, tenía que buscar otra opción, en mi estado físico y mental, buscar una clínica privada, mandar las pruebas, irme con la niña, pedir asistencia en el aeropuerto para ir con la silla de ruedas, estaba devastada, pero tenía que ser fuerte para buscar una solución porque aquí me la habían negado, este pensamiento me destrozaba por dentro. Pero lo hice, me fui a finales de julio y me operé, sufrí mucha ansiedad por verme en esa situación, lejos de casa en una clínica privada, tenía miedo por mí y por mi hija, la ansiedad me hizo llevar peor todo la operación y el dolor del posoperatorio sufrí un ataque de ansiedad y también desarrollé un trastorno somatomorfo, de la ansiedad y el miedo, mi inconsciente convirtió el problema psíquico en físico y empecé a tener la sintomatología de una patología neurológica, perdí la sensación de las manos, empecé a sentir dolor. Tras muchas pruebas neurológicas privadas que descartaban el origen físico fui al psiquiatra quien me dio diagnóstico. Eso me metió en un bucle de miedo ansiedad más dolor más miedo más dolor que acabó en pensamientos suicidas y como verán en las siguientes visitas a urgencias ésta ha sido la causa. No puedo evitar preguntarme qué habría pasado si me hubieran hecho las pruebas en urgencias, si me hubiera atendido un traumatólogo de guardia o antes, si me hubieran asignado la cita antes, si la cirugía podría haber tenido lugar, si me hubieran dado más apoyo y atención durante la espera, estoy convencida de que lo habría llevado mejor y quizás este horror se podía haber evitado, esa es la razón principal de esta reclamación, intentar que algo cambie para los demás, porque si no no tiene sentido, escribir estas palabras solo me causan dolor y sería terrible que cayeran en saco roto. No quiero creer que esta atención sea "lo normal" algo que debo aceptar y resignarme, creo que es injusto y no puedo callar sin más y dejar que siga pasando, por favor, tomen medidas, es una sensación de abandono total pasar por algo así,

que tu dolor no importe es una realidad devastadora. Llevo tiempo yendo a psiquiatra y psicóloga semanal y aún tengo sintomatología y no sé si se me quitara, mentalmente estoy muy mal aunque intento hacer mi vida, he perdido mucha calidad de vida, la baja laboral se alargó mucho por eso, lo pueden ver, y se podía haber evitado con una atención a tiempo, ese tiempo perdido, esa calidad de vida, no volverá, pero se podía haber evitado.

Eso no tiene precio, pero si no lo reclamo no le darán valor a esta reclamación, el coste han sido pruebas diagnósticas, consultas privadas, billetes, hospedaje, cirugía, psicóloga, psiquiatra, pero sobre todo mucha salud y calidad de vida, sobre todo daños morales que no sé calcular y que pido lo hagan ustedes por mí. No tengo fuerzas para buscar papeles y buscar abogado, pero sé que el tiempo de más que el que el de la recuperación de la cirugía (3 semanas) que he estado de baja total ha sido por no operarme de urgencia y si la cirugía fue más complicada, había más daño y me he quedado con secuelas psicológicas ha sido por no operarme de urgencia. Por lo tanto, esa incapacidad y esas secuelas son daño causado por la falta de atención, tengan en cuenta que me operé por privado tres meses después del accidente, una operación que debía ser urgente por una atención totalmente negligente que me ha dejado con secuelas psicológicas quizá de por vida. Es muy injusto.

La valoración económica total no la sé valorar, aportó el presupuesto de la cirugía para que entiendan los conceptos pero finalmente fue menos lo verán en el desglose de facturas (total 4.978,83 €), por los días de baja que se podían haber evitado, lo que exceda de las tres semanas si me hubieran operado oportunamente, y por tanto por la negligente dilación y sus consecuencias, no lo sé pero estimo unos 8 meses de más de incapacidad con baja y perjuicios graves serían 30 días por 8 meses a 71€ el día, unos 17.040€ y por los daños morales del trastorno psicológico y secuelas psíquicas y somáticas (informes urgencias días 12 y 22 de septiembre de 2022 y área salud mental) no lo sé ni estimar, pero en realidad es lo más grave pues afectará a mi calidad de vida para siempre.

Por eso ruego que algo cambie. El acompañamiento, el trato y la información a los pacientes es una parte esencial de la salud».

2. En escrito de fecha 10 de mayo de 2023, con ocasión del requerimiento de mejora, la reclamante aclara lo siguiente:

« (...) En mi escrito de solicitud he visto una errata: cuando tuve el accidente y me diagnosticaron mal como esguince (26 abril), me dijeron que reposara dos semanas y no una, fue a las dos semanas (9 mayo) cuando volví para alegar que había empeorado y tenía otro diagnóstico, pero no me atendieron adecuadamente. Sobre todo, estos dos informes son los que quiero que se tengan en cuenta, y el retraso en la asignación de cita con traumatología y el retraso en la cita para preoperatorio y operación. En cuanto a las secuelas psicológicas deseo se tenga en cuenta el informe de urgencias del 22 de septiembre y si hay algo del área de salud mental que también fui. Finalmente, con respecto a la baja laboral se tenga en

cuenta lo que haya informado mi médico de cabecera, sobre todo para las fechas adjunto parte y también los informes que he mencionado, por si acaso (...) ».

3. En el presente asunto, además, es preciso reproducir el relato de los hechos y las conclusiones que obran en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SIP) de fecha 2 de agosto de 2024, emitido con ocasión del presente expediente de responsabilidad patrimonial.

«A.- Reclamante mujer con fecha de nacimiento 27.12.88. Antecedentes de asma, parto en enero de 2020, ansiedad desde agosto de 2021.

B.- 25 de abril de 2022 acude Centro de salud de Valterra por dolor en tobillo derecho tras sufrir torsión. Se deriva al servicio de Urgencias del HJMO.

Acude al día siguiente 26.04.22 al Servicio de Urgencias del HJMO a las 10:25 h por dolor en tobillo derecho. A la exploración: leve tumefacción y dolor en maléolo externo, con dolor en ligamento peroneo-astragalino anterior. Se realiza radiografía sin objetivar afectación ósea.

Con el diagnóstico de esguince de tobillo se recomienda frío local, no apoyar en dos semanas, se inmoviliza mediante férula suropédica posterior. Tratamiento farmacológico con Antiinflamatorio y anticoagulación con enoxaparina

El esguince de tobillo del ligamento peroneo-astragalino anterior (LPAA) es la lesión más común cuando existe un mecanismo de inversión forzada en el tobillo. En caso de esguince de tobillo el ligamento que más frecuentemente se lesiona es el LPAA.

El diagnóstico y tratamiento es correcto.

C.- 9 de mayo de 2022 Servicio de Urgencias del HJMO refiere persistencia del dolor en tobillo derecho.

A la exploración: No dolor a la palpación de maléolos ni base del 5º metatarsiano, movilización del peroneo largo movilizo por maléolo. Pulso pedio presente, buen relleno vascular y buena movilidad del dedo. Comentado con COT de guardia, se solicita interconsulta con COT en una semana por posible lesión ligamento peroneo tobillo derecho.

En los casos de dolor persistente en el aspecto lateral del tobillo y/o el retropié, debemos sospechar afectación de los tendones peroneos, como efectivamente se pensó.

La solicitud de interconsulta con COT fue validada por ese servicio el 18.05.22, solicitándose cita en dos semanas con la Dra (...) y se programó para el 1 de junio de 2022. Posteriormente el 25 de mayo fue reprogramada finalmente al 8 de junio (una semana después de la fecha prevista), por cancelación de la consulta del día 1, pues la Dra. (...) no pasaba consulta ese día.

D.- La reclamante realiza en régimen privado resonancia magnética y fisioterapia. No se aporta informe de fisioterapia privada. (Ver cita atención primaria de 23.05.22)

La resonancia magnética realizada el 10 de mayo de 2022 en régimen privado demostró: esguince grado II (elongación) en ligamento peroneo astragalino anterior (ya conocido), y luxación del tendón peroneo lateral largo (PLL) por la rotura parcial del retináculo peroneo.

Esto es:

El diagnóstico inicial fue correcto ya que existe esguince en LPAA.

No existen desgarros o roturas de tendones.

Presenta luxación del tendón PLL ocasionada por la rotura parcial del retináculo.

E.- Haremos una somera explicación: Los tendones peroneos se encuentran en la región lateral externa del tobillo, por detrás del maléolo externo. Su función principal es el movimiento del pie, girarlo hacia afuera (eversión). Puede ocurrir que una torcedura o esguince por inversión forzada del pie provoque que los tendones peroneos se luxen (se salen de su lugar).

El/los tendones peroneos se salen de su lugar por la afectación rotura parcial o completa del retináculo. El retináculo es una banda de fibras de colágeno (similar a un ligamento) que abraza y mantiene a los tendones peroneos en su posición justo por detrás del peroné. El propio paciente puede notar un chasquido y ver el salto del tendón a la zona anterior, sufriendo una sensación desagradable pudiendo reducir la luxación con la manipulación del tendón luxado.

F.- Consta que la reclamante acudía a especialista en Traumatología en régimen privado. El 7 de junio de 2022 en consulta telefónica con Atención Primaria se describe: “ (...) En el COT privado le comentan la posibilidad de precisar intervención quirúrgica (...) ” No se aportan documentos por la reclamante a pesar de ser solicitados.

No se expresa la necesidad de cirugía urgente solo posibilidad de precisarla.

G.- Fue valorada el 08.06.22 en COT del HJMO. Se incluye en lista de espera con prioridad alta. Se solicita interconsulta a Anestesia para preoperatorio, así como interconsulta a rehabilitación para realizar tratamiento previo a la cirugía.

Suscribe el mismo día 8 documento de inclusión en lista de espera.

H.- La Orden de 26.12.06 de la Consejería de Sanidad que establece los plazos máximos de respuesta a determinados procedimientos quirúrgicos a cargo del Servicio Canario de la Salud determina para intervenciones sobre tendón y músculo un plazo máximo de acceso garantizado de 150 días.

I.- 15.07.22 Consulta en el Servicio de Rehabilitación: “ (...) .Le explico a la paciente las opciones terapéuticas previas a la cirugía pero prefiere operarse por ámbito privado y realizar posteriormente la Rehabilitación (...) .”

J.- No consta que la reclamante haya formulado solicitud de segunda opinión facultativa ante la Dirección del Área de Salud de Lanzarote. Tratándose de tratamiento programado no consta que haya solicitado autorización para el traslado.

K.- El mismo 15 de julio de 2022 obtiene presupuesto para Intervención quirúrgica en Madrid. Se realiza preoperatorio el 22 de julio en la Clínica (...) de Madrid. El 26 de julio ingresa, se opera el mismo día reparando el retináculo. Alta hospitalaria al día siguiente.

L.- Desde el HJMO. el 26 de julio de 2022, antes de que transcurriera el plazo de 150 días, fue citada para preoperatorio, pero se comunica que ya había sido intervenida en Madrid, causando baja en la lista de espera.

M.- Realiza fisioterapia desde el 20.09.22 hasta el 15 de diciembre de 2022 en el HJMO. Se va de vacaciones a la península y en consulta con médico rehabilitador de 23 de enero de 2023 se cursa alta.

Permanece en Incapacidad Temporal 285 días, hasta el 13 de febrero de 2023.

N.- Desde septiembre de 2022 inicia cuadro de hiperalgesia, parestesia y sensaciones térmicas en extremidades superiores, manifiesta ansiedad por “su posible enfermedad, (...) .que tiene una enfermedad importante que no sabemos diagnosticar y que se va a morir (...) (...) muy angustiada por la posibilidad de tener una enfermedad autoinmune (...) .” Por esta causa realiza consultas con neurología y psicólogo en régimen privado.

En ningún caso puede establecerse relación con el proceso clínico de tobillo izquierdo.

CONCLUSIONES

1.- No se considera deficiente la asistencia prestada el 26.04.22 en el Servicio de Urgencias del HJMO:

-No existió error en el diagnóstico: esguince LPAA.

-No existió insuficiencia de medios diagnósticos en el momento inicial: la exploración realizada y la radiografía eran concordantes con el diagnóstico emitido.

-No se realizó tratamiento incorrecto que agravara o complicara la lesión. En las patologías musculotendinosas, el primer tratamiento debe ser conservador. Si este fracasa, se debe plantear entonces tratamiento quirúrgico.

2.- En la visita del 9 de mayo de 2022 al Servicio de Urgencias por persistencia del dolor en región externa del tobillo se solicita interconsulta con COT para la semana siguiente. En los casos de dolor persistente en el aspecto lateral del tobillo y/o el retropié, debemos

sospechar afectación de los tendones peroneos, como efectivamente se pensó. La actuación fue correcta.

El Servicio de Urgencias del HJMO actuó de acuerdo con la propia naturaleza del servicio descartando, tras la oportuna exploración, la existencia de una patología urgente que requiriese un ingreso hospitalario, y remitiéndole al control de la especialidad COT ante la posibilidad de lesión tendinosa asociada al esguince del ligamento.

3.- En cuanto a la citación para la consulta de Cirugía ortopédica y Traumatología que finalmente se realiza el 8 de junio de 2022, tres semanas después de lo previsto, consta en las anotaciones registradas en la Historia clínica (23.05.22 y 07.06.22) que acudía a especialista en COT privado, y que realiza tratamiento de fisioterapia igualmente. No se aportan informes ni facturas por estos conceptos.

Entendemos por tanto que en esas tres semanas si bien la asistencia no fue a cargo del Servicio Canario de la Salud la situación clínica de la reclamante estaba siendo atendida, lo que una eventual demora del servicio sanitario público para la cita de COT no ha influido en el pronóstico del proceso clínico sufrido.

4.- Una vez es valorada el 08.06.22 por COT del HJMO, se incluye en lista de espera. Las intervenciones sobre tendón y músculo tienen un plazo máximo de acceso garantizado de 150 días.

La ley 16/2003, de Cohesión y Calidad en el Sistema Nacional de la salud, en su artículo 9 se expresa del siguiente modo: las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital.

5.- La cirugía que realizó en régimen privado en la Clínica (...) el 26 de julio de 2022 precisó reparar el retináculo que se encontraba parcialmente roto y que era la causa de la luxación del tendón.

No existieron complicaciones que pudieran derivar de una eventual demora: rotura o desgarro de tendones, ni procedimiento quirúrgico más complicado que requiriera plastias de refuerzo, transferencias de otro tendón, injertos, creación de un nuevo retináculo por no haber podido repararlo, entre otros.

6.- Se emite informe desfavorable».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial que constan practicados son los siguientes:

- El procedimiento comenzó mediante la presentación el día 25 de abril de 2023 del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada por (...), en el ámbito del SCS.

- Con fecha 3 de mayo de 2023, se requiere a la reclamante a fin de que subsane y mejore la reclamación formulada, presentándose escrito de mejora de reclamación con fecha 10 de mayo de 2023.

- El día 4 de mayo de 2023 se dicta Resolución de la Directora del SCS por la que se admite a trámite la reclamación de la interesada y se acuerda solicitar a través del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) el informe del servicio causante de la presunta lesión indemnizable.

- Con fecha 8 de julio de 2024 por el SIP se solicita que la reclamante aporte los informes de los especialistas privados a los que acudió entre abril y diciembre de 2022 con indicación de fecha, diagnósticos, tratamientos pautados, etc. Documentación que es requerida a la reclamante mediante Resolución de 19 de julio de 2024, siendo aportada con fecha 29 de julio de 2024.

- Con fecha 2 de agosto de 2024 el SIP emite informe y remite copia de la Historia Clínica obrante en la Gerencia de Atención Primaria, así como informes de los Servicios de Admisión del Área de Salud de Lanzarote, de la jefa de Servicio de Traumatología del Área de Salud de Lanzarote, y de la Dirección de Atención Primaria.

- Con fecha 7 de agosto de 2024, se dicta Acuerdo sobre periodo probatorio, admitiéndose como pruebas la documental.

- Ultimada la instrucción del procedimiento, con fecha 7 de agosto de 2024 se acordó el preceptivo trámite de audiencia a la interesada quien formuló alegaciones mediante escrito de fecha 11 de agosto de 2024.

- A juicio del órgano instructor, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en el caso que nos ocupa no resulta preceptivo el informe de la Asesoría Jurídica Departamental, dado que las cuestiones de derecho planteadas ya han sido resueltas en anteriores informes por el Servicio Jurídico.

- Con fecha 29 de agosto de 2024 se emite Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación formulada por la interesada.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo (entre otros, en su Dictamen 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».

3. 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».*

En idéntico sentido, 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, por tanto, 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».

4. En el presente procedimiento la pretensión resarcitoria de la reclamante se fundamenta en los daños sufridos como consecuencia del retraso injustificado en recibir la asistencia sanitaria que precisaba para su lesión de esguince grado II en ligamento peroneo astragalino anterior (LPAA) y luxación del tendón peroneo lateral largo por la rotura parcial del retináculo del peroneo, y que concreta en el daño moral sufrido (ansiedad, incertidumbre, desasosiego y somatización) y en los gastos derivados de la intervención quirúrgica practicada en un centro privado de Madrid, así como los días que permaneció de baja.

En este sentido la reclamante, concreta el retraso injustificado en los siguientes hitos:

a) Después de acudir al servicio de Urgencias del Hospital Dr. José Molina Orosa el día 9 de mayo de 2022, se le comentó que se le citaría en una semana con Cirugía Ortopédica y Traumatología (COT), sin embargo, no fue hasta el día 8 de junio cuando se le citó (tres semanas de retraso).

b) En la consulta de COT de 8 de junio de 2022 se le incluye en lista de espera con prioridad alta y, según la reclamante, se le informa que la llamarán para operar en tres semanas, sin embargo, transcurrido ese tiempo no es citada para operarla por lo que decide acudir a la medicina privada, operándose en un centro privado en Madrid el día 26 de julio de 2022. Ese mismo día 26 de julio es citada para el preoperatorio por el Servicio Canario de la Salud (cinco semanas de retraso).

5. En relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria con ocasión de las denominadas “*listas de espera*” la Sentencia de 29 de octubre de 2003 de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha razonado que:

«CUARTO Referido a la cuestión que abordamos en autos, la “lista de espera”, no cabe duda de que su existencia es inevitable. En este sentido vamos a traer a colación el texto del Fundamento de Derecho quinto de la sentencia del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 24 de septiembre de 2001: Ello no obsta para dar la razón a la parte recurrente cuando afirma que los medios de la Administración no pueden ser ilimitados. Nadie pretende tal cosa. Ni respecto de la Administración sanitaria, ni respecto de ninguna otra. -El llamado régimen “de cola”; es criterio -alumbrado de antiguo- que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitado, y con ello hay que contar. -Pero las razones por las que la Sala de instancia ha condenado a la Administración Sevillana a pagar son distintas y han sido explicadas en la parte final del fundamento cuarto. (...) No se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga de medios ilimitados -lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles, dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en “la cola.”.- Ninguna objeción formula la sentencia impugnada -ni tampoco nuestra Sala- al comportamiento de los médicos que intervinieron en el caso (...) Pero la responsabilidad extracontractual de la Administración es objetiva, y es en esta “falta del servicio”; -como dice la doctrina francesa: “faute de service”;- en la que se basa la declaración de responsabilidad del Servicio andaluz de la Salud (...).

QUINTO En concordancia con la doctrina expuesta, esta misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional en sentencia de 31 de mayo de 2000 había establecido: . TERCERO.- Que para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de unos medios materiales y humanos limitados, medios que gestiona y con los que tiene que atender, en función de la organización sanitaria cierto número de beneficiarios. En este contexto la llamada lista de espera es una realidad en sí jurídica y como tal tiene su previsión legal. Así se deduce, por ejemplo, del artículo 16.2 de la Ley 4/86, de 25 de abril, General de Sanidad en relación con el artículo 28.2 del RD 521/87, de 15 de abril, sobre Hospitales gestionados por el INSALUD; también se refleja en la OM de 1 de marzo de 1999 o en el acuerdo 4º de la Resolución de 26 de octubre de 1998; es más, algunas normas autonómicas regulan esa realidad como es la Ley Foral 12/1999, de 6 de abril, o la Ley 2/1989, de 1 de abril del Servicio Aragonés de Salud. CUARTO.-. Que desde la juridicidad de la lista de espera y al margen del reintegro de gastos, en centros privados, cabe entender que serán daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Por contra el daño que se sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que, sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada».

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, consideramos que la espera denunciada por la reclamante no puede tener la consideración de antijurídica.

En este sentido, la Orden de 26 de diciembre de 2006 de la Consejería de Sanidad que establece los plazos máximos de respuesta a determinados procedimientos quirúrgicos a cargo del Servicio Canario de la Salud determina para intervenciones sobre tendón y músculo un plazo máximo de acceso garantizado de ciento cincuenta días, esto es de cinco meses, plazo que en ningún caso se ha superado en el presente caso, toda vez que desde que se le diagnosticó la posible lesión del ligamento peroneo del tobillo derecho -9 de mayo de 2022- hasta que se le citó para el preoperatorio -26 de julio de 2022- habían transcurrido únicamente dos meses y diecisiete días.

Tal como hemos señalado, en el ámbito de la sanidad pública la disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitada, y con esta realidad hay que contar, por lo que una dilación de tres semanas en ser vista por COT y otra de cinco semanas en ser citada para ser operada, no se considera excesiva atendiendo a los

tiempos máximos de respuesta establecidos en la Orden de la Consejería de Sanidad de 26 de diciembre de 2006, teniendo la reclamante el deber jurídico de soportar las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Además, la lesión que padecía la reclamante -esguince grado II LPAA y luxación del tendón peroneo lateral largo por la rotura parcial del retináculo del peroneo- fue correctamente diagnosticada y pautado el tratamiento adecuado, quedando debidamente acreditado por los informes médicos obrantes en el expediente, que tal lesión no revestía gravedad, ni exigía una actuación o intervención urgente, sin que tampoco se haya acreditado que durante ese tiempo la reclamante sufriera empeoramiento de su lesión o un deterioro de su salud que le produjeran secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitigaran la eficacia de la intervención esperada. Tampoco se ha acreditado que el daño fuera consecuencia de una lista de espera en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada, o que haya existido un error en la clasificación de la prioridad de la reclamante, por lo que el daño no se puede calificar de antijurídico.

Asimismo, tampoco ha acreditado la reclamante que su situación fuera tan acuciante que le apremiara a requerir los servicios de la medicina privada, más allá de sus propias apreciaciones de urgencia -meramente subjetivas- y de los comentarios de terceros -que no la iban a operar en la sanidad pública-, respecto de los que no se ha acreditado que tuvieran fundamento objetivo alguno, más al contrario, consta acreditado en el expediente administrativo que con fecha 26 de julio de 2022 fue citada para el preoperatorio, dándose de baja en la lista de espera quirúrgica por voluntad propia al haber sido operada ese mismo día en un centro privado en Madrid.

Por otro lado, la reclamante tampoco ha acreditado que las patologías de tipo psiquiátrico y psicológico que ha padecido sean consecuencia directa de tal espera, pues no consta en ninguno de los informes médicos aportados una referencia, ni aun indiciaria, de que su trastorno por ansiedad generalizada sea como consecuencia de este episodio de esguince.

En este sentido se ha de recordar que, en relación con la carga de la prueba, este Consejo Consultivo ha reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictámenes 87/2019, de 13 de marzo y 219/2020, de 3 de junio) que, según el art. 32.1 LRJSP, 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. 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).

En atención a lo expuesto, en el presente caso la adecuación de la asistencia sanitaria prestada a la *lex artis* rompe el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama y, por ende, impide, al ser un requisito esencial para ello, el surgimiento de la responsabilidad de la Administración prestadora del servicio.

CONCLUSIÓN

Se dictamina conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación sanitaria de la interesada, por los razonamientos expuestos en el Fundamento IV de este Dictamen.