

D I C T A M E N 6 8 2 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 25 de noviembre 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. 651/2024 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

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. La cuantía indemnizatoria reclamada por el interesado [6.209,06 € -folios 5, 7 y 9-] determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la competencia de la Sra. Consejera de Sanidad 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 la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante, LPACAP-.

3. Para el análisis de la Propuesta de Resolución 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

* Ponente: Sr. Pérez Hernández.

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 [BOC, 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 (como lo ha sido) por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con 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 el reclamante ostenta la condición de interesado al alegar 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 corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción [art. 67.1 LPACAP], lo que no ha sido cuestionado por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

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 tiene el deber resolver expresamente [art. 21 LPACAP].

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

II

1. El reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los presuntos daños y perjuicios causados por el deficiente funcionamiento del servicio público sanitario.

A este respecto, el perjudicado fundamenta su reclamación en los siguientes presupuestos fácticos -folios 4 y ss.-:

«PRIMERO.- En noviembre de 2023, tenía que reconocerme el traumatólogo del Servicio Canario de la Salud, a petición de mi doctora de cabecera, debido a los dolores que padecía en la rodilla derecha.

SEGUNDO.- Habiendo transcurrido dicho mes y sin que el traumatólogo, me llamase y como el dolor llegó un momento en que era insoportable, tuve que acudir a urgencias del Hospital Doctor José Molina Orosa, el día 18 de diciembre de 2023, que me administró un calmante.

TERCERO.- Como seguía sin mejorar y con el dolor intermitente, presenté una reclamación oficial, tal como debe constar en el expediente.

CUARTO.- Como no había perspectivas de que el traumatólogo me viera y para calmar los dolores, que algunas veces eran insoportable, y averiguar de donde procedían los mismos, tuve que acudir a un centro hospitalario privado, (...).

QUINTO.- Una vez diagnosticada la enfermedad, fui intervenido quirúrgicamente en el Hospital de (...) en Las Palmas, donde permanecí ingresado en el mismo desde el 28/02/2024 al 29/02/204.

(...)

(...) Los daños sufridos son efectivos, individualizables y evaluables económicamente.

a.- En efecto, los daños que he sufrido han quedado sobradamente demostrados en los hechos descritos anteriormente.

En primer lugar, el daño es efectivo e individualizable ya que, como ha quedado acreditado con los Documentos adjuntos, y ello como consecuencia del servicio médico que no se me prestó.

b.- En segundo lugar, ha quedado también probado que esos daños sufridos han sido evaluados económicamente mediante la aportación de los gastos habidos, ascendiendo la cifra total de indemnización a 6.209,06 euros.

c.- Los daños sufridos son consecuencia directa de la no prestación del servicio médico. (...).

(...) en el presente caso, EL SERVICIO CANARIO DE LA SALUD, no cumplió con su deber de protección de mi salud ya que ignoró mis dolencias y ni siquiera me diagnosticó la enfermedad ni, por supuesto, puso remedio.

(...) Existe una relación directa, inmediata y exclusiva de causa- efecto sin ninguna intervención de elementos ajenos que alteren el nexo causal.

La existencia de un nexo causal entre la actuación de la Administración sanitaria y el daño sufrido por mi persona es, como es conocido, el elemento esencial de la responsabilidad patrimonial que se reclama.

En el supuesto que nos ocupa esta acreditación es relativamente sencilla, puesto que, como ha quedado demostrado en la alegación anterior, los daños que sufrí son consecuencia directa e inmediata de no haberseme intervenido quirúrgicamente.

Se establece, por lo tanto, un vínculo de causalidad claro, directo e inmediato entre la inactividad del SERVICIO CANARIO DE LA SALUD -quien tenía que asegurarme una buena asistencia sanitaria- y el resultado lesivo que provoca los daños indemnizables.

Con todo el expuesto a lo largo de esta alegación, se demuestra, por lo tanto, que efectivamente, se da el nexo causal entre la no intervención quirúrgica que debía de realizarme el SERVICIO CANARIO DE LA SALUD, en su deber de velar por mi salud y los daños sufridos por mi persona, dado que tuve que acudir a los medios privados para recobrar la misma, por tanto, la relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto ha sido probada sin que, además, se haya demostrado en ningún momento ninguna falta de diligencia o negligencia por mi parte ni ningún elemento ajeno que rompa el nexo causal descrito anteriormente».

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, el reclamante solicita el resarcimiento de los gastos que la presunta desatención del sistema público sanitario le ha originado, y que se concretan en la cantidad de 6.209,06 € « (...) más los intereses legales que se hubieran devengado».

III

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

1. El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial se inicia el día 28 de marzo de 2024 mediante la presentación de escrito de reclamación por parte del perjudicado [...] en el que éste interesa 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 por el sistema público de sanidad.

2. Con fecha 1 de abril de 2024 el órgano instructor formula requerimiento al interesado a fin de que subsane y o mejore la reclamación interpuesta. Este trámite, una vez notificado al interesado, es debidamente cumplimentado por éste mediante la presentación de escrito de alegaciones con fecha 2 de abril de 2024.

3. Con fecha 8 de abril de 2024 se admite a trámite la reclamación extracontractual formulada, acordándose 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 Resolución administrativa de admisión a trámite de la reclamación interpuesta consta notificada en debida forma al interesado.

4. Con fecha 10 de julio de 2024 se emite por el Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud -en adelante, SIP-, informe médico sobre la asistencia sanitaria prestada al reclamante, que se une al expediente.

Asimismo, obra en el expediente la siguiente documentación médica:

- Copia de la historia clínica obrante en el Hospital General Doctor José Molina Orosa de Lanzarote.

- Copia de la historia clínica obrante en Atención Primaria.

- Informe emitido por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital General Doctor José Molina Orosa de Lanzarote, firmado por la Dra. (...), Jefa de Servicio.

- Informe Especializado emitido por La Gerencia de Atención Primaria de Servicios Sanitarios de Lanzarote, firmado por la Dra. (...), Médica de Familia titular del cupo de Atención Primaria.

5. Con fecha 22 de julio de 2024 se dicta acuerdo probatorio, admitiendo la prueba documental, testifical y pericial propuesta por el reclamante, así como la documental interesada por la Administración sanitaria [informe del SIP, historia clínica e informes médicos de Atención Primaria y del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital General Doctor José Molina Orosa de Lanzarote].

6. Con fecha 3 de septiembre de 2024 el reclamante presenta escrito ante el Servicio Canario de la Salud por el que renuncia a la práctica de las pruebas testifical y pericial admitidas a trámite, interesando « (...) *que se tenga por nuestra parte, concluso el periodo probatorio y se continúe con los restantes trámites*».

7. Con fecha 25 de septiembre de 2024 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia, que es debidamente notificado al interesado.

8. Con fecha 7 de octubre de 2024 el reclamante formula escrito de alegaciones, en el que, aparte de ratificarse en el contenido de sus anteriores escritos, niega haber rechazado la intervenciones quirúrgicas ofrecidas por el Servicio Canario de la Salud.

9. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [según se justifica en la misma Propuesta de Resolución, y no antes en el propio expediente administrativo], al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex 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.

10. Con fecha 14 de octubre de 2024 se evacua Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se postula desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual « (...) *formulada por (...) por no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración*».

11. Mediante oficio de 16 de octubre de 2024 [con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 18 de ese mismo mes y año], se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias ex art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCC.

IV

1. La Propuesta de Resolución postula desestimar la reclamación efectuada por el interesado, por 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 al paciente.

En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

1.1. 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 aquélla 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)».

1.2. Una vez examinado el contenido del expediente administrativo tramitado, y previa valoración conjunta de todo el material probatorio que obra en las presentes actuaciones, se entiende que 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 compartir aquí las consideraciones -fácticas y jurídicas- efectuadas por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución, al señalar [con remisión a la historia clínica del paciente y a los diversos informes médicos que obran en las actuaciones -art. 88.6 LPACAP-] cuanto se expone a continuación -folios 342 y ss.-:

«CUARTO.- El reclamante sostiene que se le ha causado un daño derivado de la falta de intervención quirúrgica, por la patología que presentaba en la rodilla, por parte del Servicio Canario de la Salud, que lo obligó a realizarse la intervención en un centro privado, solicitando el reintegro de los gastos ocasionados.

*Resulta preciso acudir al relato de hechos clínicos a fin de poder determinar si la asistencia sanitaria prestada fue conforme a la *lex artis* o si, por el contrario, como afirma el reclamante no se prestó la asistencia debida, de los que extraen la siguiente secuencia:*

1.- El día 28 de abril de 2022 (...) acude a consulta con su Médica de Familia en el Centro de Salud de Playa Honda refiriendo dolor en la rodilla derecha de meses de evolución, por lo que se le habría pedido pruebas de imágenes tipo Radiografía simple de rodilla izquierda la cual se realizó el día 21 de marzo de 2023.

Aquí se evidenciarían signos radiológicos de artrosis por lo que se le pautaría al paciente, perder peso, iniciar caminata para fortalecer la musculatura de las piernas y manejo con antiinflamatorios orales.

En esta visita la Facultativa realizaría interconsulta con el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, rogando valoración presencial en el contexto de gonalgia por artrosis.

2.- El día 23 de noviembre de 2022 las 16:15 horas es valorado en Consultas por el Servicio de COT del Hospital General de Lanzarote, quienes realizan examen clínico de rodilla y valoran la radiografía hecha previamente. En esta visita se realizaría el diagnóstico de Artrosis de Rodilla Grado IV (máximo grado alcanzable).

Se le propuso en este momento y debido a la avanzada artrosis que presentaba una intervención quirúrgica, la cual rechazó. Por lo que se indicó infiltración con Ácido Hialurónico y control en 6 meses.

3.- El día 25 de mayo de 2023 a las 11:19 horas el paciente acude nuevamente a consulta de control con el Servicio de COT del Hospital General de Lanzarote en donde se realiza examen clínico.

Se solicitan de igual manera y según consta en los registros, radiografía de rodillas en carga, en donde se confirma el diagnóstico de imágenes de Gonartrosis grado III-IV.

Por esta razón se vuelve a proponer intervención quirúrgica mediante artroplastia y el paciente reitera su negativa a operarse.

Se realiza entonces infiltración con Ac. Hialurónico como terapia regenerativa y analgésica y se da cita para control en 6 meses.

4.- El día 21 de septiembre de 2023 a las 22:11 horas (...) acude al Servicio de Urgencias del Hospital General de Lanzarote refiriendo dolor e impotencia funcional de la rodilla derecha que apareció de forma espontánea mientras caminaba.

Se realizó examen físico exhaustivo con maniobras para comprobar ligamentos y meniscos, las cuales resultaron negativas. En este momento solo impresionaba un ligero derrame articular.

Se solicitó entonces una radiografía de rodilla derecha resultando esta anodina.

También se pautó Enantyum vía endovenosa, Paracetamol oral alternado con Tramadol oral, con reposo relativo, caminar ayudado de muletas, crioterapia y control por su Médica de Familia.

5.- El día 26 de septiembre de 2023 acude a consulta con su médica de familia en el centro de salud de Playa Honda refiriendo dolor en la rodilla derecha con bloqueo, diciendo que habría acudido a Urgencias por esta misma razón.

Se realiza y se valoró igualmente una radiografía de rodilla en donde no impresionan signos de patología urgente aguda. Por lo que se indicaron antiinflamatorios orales.

6.- El día 28 de septiembre de 2023 acude a consulta de Atención Primaria refiriendo mejoría clínica del dolor con el tratamiento pautado. Por lo que se mantuvo la indicación de antiinflamatorios orales.

También durante esta visita se pautaron antiinflamatorios tópicos.

7.- El día 5 de octubre de 2023 acude nuevamente a su Centro de Salud en donde solicitaría copia de la radiografía de rodillas porque: "Quería otra opinión de COT PRIVADO".

8.- El día 2 de noviembre de 2023 acude el paciente a consulta control con su Médica de Familia en donde comentaría que “persiste la gonalgia derecha y han aumentado los bloqueos, no quiere intervención quirúrgica”.

Estaría pendiente de realizar infiltración con ácido hialurónico por el Servicio de COT.

9.- El día 11 de diciembre de 2023 el paciente acude a su Centro de Salud de Playa Honda por exacerbación de dolor crónico de la rodilla derecha.

10.- Se realizó examen físico sistemático por su Médica de Familia en donde se evidenció un edema importante de la rodilla derecha, (patología aguda) por lo (que) se practicó drenaje de 30 ml de líquido sero-hemático, produciendo un alivio de la sintomatología.

Se pautó uso de rodillera y mantener la pauta de antiinflamatorios orales.

11.- El día 18 de diciembre de 2023 a las 9:50 horas (...) acude al Servicio de Urgencias del Hospital General Doctor José Molina Orosa de Lanzarote, refiriendo gonalgia derecha de meses de evolución.

Por ello se realizó examen físico en donde solo impresionaba ligero derrame articular, sin bostezo y demás maniobras negativas.

Se solicitó radiografía de rodilla izquierda sin evidenciar daño estructural. Por lo que se indicó alta médica con la indicación de acudir a su Médica de Familia para control de la patología.

El 19.12.23 consulta privada con Traumatología en (...) realizando infiltración articular.

12.- El día 27 de diciembre de 2023 acude nuevamente a urgencias refiriendo dolor centrotorácico con náuseas y sudoración por lo que se hizo examen físico, se solicitaron pruebas de laboratorio, de imágenes y un electrocardiograma.

Se le dio el alta por mejoría el mismo día con indicación de Omeprazol, nolotil y almagrato.

El 24.12.23 en régimen privado (...) se realiza Resonancia magnética de rodilla.

El 28.12.23 consulta privada con Traumatología en (...) realizando infiltración articular.

13.- El día 29 de diciembre de 2023 acude a consulta de control con su Médica de Familia, aquí aportaría los resultados de la Resonancia Magnética hecha por privado el día 24 de diciembre de 2023 la cual concluiría: “Rotura compresiva con extrusión medial del cuerpo y cuerno posterior del menisco interno de con para meniscitis y efecto compresivo. Artrosis grado IV y condromalacia con quiste de baker”.

Por esta razón y durante este tiempo se realizó nueva petición de interconsulta con carácter Preferente al Servicio de COT en donde se hacía referencia a los resultados de la

prueba de imágenes y a la clínica del paciente en el contexto de rotura degenerativa de menisco interno.

Desde el 14 de febrero de 2024 es valorado por otro especialista en COT en Centro privado CETAL Canarias. 21.02.24 se realiza preoperatorio en régimen privado Hospitales (...): analítica Rx tórax, EKG.

14.- El día 19 de marzo de 2024 es citado a las Consultas de Servicio COT para la valoración correspondiente a su patología cuando el paciente menciona al equipo médico que ya se había realizado una cirugía de rodilla derecha, específicamente un tratamiento artroscópico de la lesión de menisco el día 28 de febrero de 2024 en Gran Canaria, centro privado Hospitales (...)

QUINTO.- Del relato de hechos clínicos lo primero que se objetiva es que con fecha 23 de noviembre de 2022 en su consulta con el servicio de Traumatología (folio 267) consta la siguiente anotación: No quiere intervención quirúrgica de momento. Se realiza infiltración con ácido hialurónico. Control en 6 meses.

Con fecha 25 de mayo de 2023 acude a control y consta anotado: No quiere intervención quirúrgica de momento. Se realiza infiltración con Ac. Hialurónico; Control en 6 meses (folio 268).

Al respecto el Informe de la Jefa de Servicio del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica, del Hospital Universitario Dr José Molina Orosa, de fecha 13 de mayo de 2024, refiere lo siguiente: Paciente varón de 72 años, valorado en consultas externas de traumatología por primera vez el 23 de noviembre de 2022. En aquel momento presentaba clínica de dolor en rodilla izquierda, no continuo, de predominio en interlínea articular interna. En radiografía de rodilla (21/03/22) previa a la consulta ya presentaba Gonartrosis grado IV. Dada la artrosis avanzada de rodilla se le ofreció intervención quirúrgica que éste desestimó por lo que inició tratamiento para el dolor con ácido hialurónico.

En revisión de fecha 25/05/2023 se valoran nuevas radiografías de rodillas en carga donde se observa nuevamente Gonartrosis grado IV, con empeoramiento respecto a radiografías previas. Nuevamente se le ofrece tratamiento quirúrgico el cual sigue rechazando, pero acepta continuar con ácido hialurónico por mejoría con filtración previa.

Se da nueva cita en 6 meses, pero finalmente se revisó en consulta el 19/03/2024, refiriendo el paciente que se había realizado una intervención quirúrgica consistente en una artroscopia de rodilla en clínica privada, por dolor incapacitante. Respecto a la reclamación presentada cabe decir que, si bien según refiere, sufrió empeoramiento del dolor a finales del 2023, el paciente había estado en tratamiento por el dolor en nuestra consulta y según consta con buen resultado, habiendo además rechazado en dos ocasiones la indicación de intervención quirúrgica por poco dolor.

A la vista de lo expuesto, el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, tras valorar la historia clínica y los informes emitidos concluye que se le ofreció al paciente hasta en 2 oportunidades la resolución quirúrgica y él prefirió no operarse:

1) (...) mediante estudio de imágenes tipo radiografía se le diagnosticó artrosis de rodilla bilateral de predominio derecho desde la consulta de Atención Primaria el día 28 de abril del año 2022 por lo que su médica lo remite al Servicio de COT del Hospital General de Lanzarote.

De forma casi inmediata es captado el paciente por el Servicio de COT quienes realizan consulta proponiendo para la resolución de su diagnóstico y mejoría del dolor una intervención quirúrgica. Hay evidencia documental de que este ofrecimiento se realizó en dos oportunidades precisamente en las fechas: 23 de noviembre de 2022 y 25 de mayo de 2023, obteniendo una negativa por parte del propio paciente.

Todos los estudios consultados hacen referencia a los beneficios que supone la cirugía frente a otras terapias para mejorar los síntomas de la gonartrosis IV. Para el Dr. (...) de La Universidad Autónoma de Barcelona resalta en su tesis doctoral que: la artroplastia de sustitución en la gonalgia avanzada y discapacitante por gonartrosis tricompartmental, mejora significativamente el dolor, la mayoría de parámetros funcionales y la calidad de vida, además de reducir costes sanitarios.

2.- Aunque el paciente rechazó en dos oportunidades la cirugía de rodilla se le ofreció de igual manera terapia analgésica alternativa.

Pese a la negativa del paciente de seguir las recomendaciones médicas pautadas por los Especialistas en COT, se le ofrecieron otro tipo de terapias que también tienen evidencia científica para tratar los síntomas de la Gonartrosis Severa.

Además del manejo con antiinflamatorios y analgésicos orales que siempre estuvieron presentes, se le realizaron al paciente 2 infiltraciones de rodilla con Ácido Hialurónico de rodilla el 3 de noviembre de 2022 y 25 de mayo de 2023 respectivamente.

Las infiltraciones con Ácido Hialurónico suponen una terapia con evidencia científica y grado de recomendación satisfactorio para el tratamiento de los síntomas originados por la Gonartrosis Severa y según la data general mejoraría de forma eficaz los síntomas de la artrosis de rodilla como lo es el dolor.

Por tanto, consta acreditado que una vez obtenido el diagnóstico de gonartrosis en grado IV se ofreció al paciente la cirugía de rodilla como primer tratamiento, constando en las dos ocasiones que el paciente rechaza la cirugía y opta por las infiltraciones con ácido hialurónico.

Refiere el reclamante en su escrito de alegaciones del trámite de audiencia, que a efectos probatorios precisa de un careo y certificado de los médicos que realizaron las

anotaciones, prueba que se propone una vez concluido el trámite probatorio y la vista de los informes incorporados al expediente.

Consideramos que las anotaciones de la historia clínica secuenciadas en fecha y hora de asistencia, con anterioridad a la presentación de la reclamación, reflejan con exactitud lo ocurrido en fechas distintas y con el mismo resultado: el rechazo del paciente a las cirugías propuestas por el facultativo. De hecho, el 5 de octubre de 2023 acude a su médico de cabecera para solicitar copia de sus radiografías porque quiere consultar una segunda opinión.

En cuanto a la solicitud de la segunda opinión, el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones refiere que no ejerció ante la Dirección del Área de salud de Lanzarote el derecho a segunda opinión facultativa. Se entiende por segunda opinión médica la solicitud realizada por los usuarios del sistema sanitario con el fin de contrastar un primer diagnóstico o propuesta terapéutica para obtener una mayor información sobre la inicialmente recibida.

Por tanto, el reclamante decidió por su cuenta acudir a centro privado para practicarse una artroscopia que trataría la rotura de menisco; se operó el día 28 de febrero de 2024.

El Servicio de COT le vería en consulta tan solo 20 días después, este tiempo de espera no hubiera cambiado la evolución de la enfermedad y, como afirma el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, en la visita del 19 de marzo de 2024 el Servicio de COT hubiera propuesto al paciente la resolución quirúrgica por tercera vez. Como en todas las oportunidades previas, seguramente cuando el equipo de COT estuviera al tanto de los resultados de la RNM que la Médica de Familia habría enviado por la solicitud de interconsulta preferente y teniendo en cuenta sus antecedentes, ofrecería la opción quirúrgica por tercera vez para corregir de forma definitiva la patología.

En cuanto a la rotura de menisco, el Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones señala que probablemente si el paciente se hubiese operado previamente cuando se lo indicó el Servicio de COT no se hubiera desencadenado la rotura meniscal. La patología de base del paciente es la Artrosis Severa de Rodilla por lo que, en un principio, se le ofreció al paciente la resolución quirúrgica mediante artroplastia y es que, si no se opera, la sintomatología pudiera no mejorar, desmejorando la calidad de los tejidos articulares.

Según Katsuragawa, el menisco en pacientes con artrosis presenta un aumento moderado de la celularidad y aumento de tejido dañado por los trastornos degenerativos en la zona central del menisco donde las fibras de colágeno están severamente afectadas en su integridad. Por lo que se pueden producir rotura degenerativas de meniscos como en el caso del usuario.

El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, dispone en su artículo 4.3: "La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por

centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquel. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”.

Por ello, para la procedencia del reintegro de los gastos médicos ocasionados, a través de la reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta necesaria la acreditación de una desatención, retraso relevante o, en su caso, denegación injustificada de asistencia, puesto que con carácter general no puede reconocerse a los pacientes el derecho a optar, de un modo unilateral, por la asistencia privada.

En el caso que nos ocupa, ninguno de estos extremos ha quedado acreditado, antes al contrario, consta en el expediente que se ofreció al paciente la cirugía de rodilla que libremente decidió rechazar. Como consecuencia, esos gastos derivados de su decisión de acudir a la sanidad privada, algo perfectamente respetable, no constituyen daño antijurídico alguno que el reclamante no tenga la obligación de soportar. La opción elegida, libremente decidida, no conlleva que posteriormente deba ser resarcida en los gastos ocasionados si la asistencia recibida por parte de la sanidad pública se prestó de forma adecuada.

Por todo lo expuesto, debe considerarse que las actuaciones llevadas a cabo en el Servicio Canario de la Salud se ajustaron a la lex artis ad hoc y fueron adecuadas a la patología que presentaba el paciente, siendo decisión libre y voluntaria de éste, en primer término, no aceptar la cirugía propuesta y optar por un tratamiento alternativo (ácido hialuronico) y, en segundo término, acudir a la medicina privada.

En conclusión, no existe nexo causal entre los daños alegados por el reclamante y el funcionamiento del sistema público de salud, por lo que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración».

Respecto a esta última cuestión [reclamaciones que tienen por objeto el reintegro de gastos en el ámbito sanitario], el Consejo Consultivo de Canarias ha venido manifestando, reiteradamente, cuanto se expone a continuación [véase, entre otros, nuestro DCC 6/2022, de 11 de enero]:

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

solicitarse mediante una reclamación de reintegro de gastos, siguiéndose entonces un procedimiento ad hoc, con unos requisitos y condicionantes particulares o bien, a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños (económicos en este caso) consecuencia del funcionamiento anormal o normal de los Servicio Públicos, aclarando lo siguiente: “ (...) puede reclamarse el reintegro del gasto, como se indica en este caso, a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, como daño material derivado del funcionamiento de la Administración en el ámbito sanitario. En estos casos se estimará la pretensión indemnizatoria si la reclamante prueba la concurrencia de los requisitos genéricos de la responsabilidad patrimonial y los específicos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria”. Por su parte, el Dictamen del Consejo Consultivo 161/2012, de 28 de marzo señala: “Ahora bien, si aquel reintegro puede exigirse y analizarse por la vía de la responsabilidad patrimonial, ello sólo podrá fundarse en motivos justificados de denegación de asistencia médica o error de diagnóstico por parte de la Sanidad pública (Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2004), situaciones, en fin, que justifiquen que se acuda por el particular a la sanidad privada, admitiéndose, en estos casos, incluso tras haberse obviado el procedimiento administrativamente previsto para obtener asistencia privada sin coste para el particular”».

Pues bien, como se extrae de la historia clínica del paciente y de los informes obrantes en el expediente instruido, no cabe apreciar en el presente caso la existencia de mala praxis, desatención o asistencia inadecuada por parte de la sanidad pública. En este sentido, consta acreditado documentalmente -mediante apuntes, notas o manifestaciones escritas con anterioridad a la reclamación- que, una vez obtenido el diagnóstico del paciente [gonartrosis bilateral en grado IV], se ofreció a éste -tanto por parte del médico especialista como en la atención primaria, tal y como queda reflejado en la Propuesta de Resolución y en la historia clínica- la práctica de una cirugía de rodilla -artroplastia- como primer tratamiento destinado a solventar sus padecimientos. Sin embargo, fue el propio paciente el que, libre y voluntariamente, rechazó en varias ocasiones esa posibilidad de intervención quirúrgica.

Pese a ello, se constata en el expediente la instauración -por parte del servicio público sanitario- de tratamiento alternativo para tratar de paliar el dolor: infiltraciones con ácido hialurónico, así como uso de antiinflamatorios y analgésicos.

Por lo demás, en lo que respecta a los episodios agudos sufridos por el paciente [caracterizados, en síntesis, por el dolor, impotencia funcional y bloqueo de la rodilla derecha] y que determinaron su asistencia a las urgencias hospitalarias públicas, se ha de reseñar que tampoco resulta acreditada la existencia de infracción a la *lex artis ad hoc* en la atención sanitaria dispensada al paciente. En este sentido, las

actuaciones realizadas durante su estancia en Urgencias fueron adecuadas y proporcionales a la clínica manifestada por el hoy reclamante.

Así pues, el daño alegado por el reclamante [y que se concreta en los gastos médicos, farmacéuticos, de fisioterapia, etc., derivados de la intervención quirúrgica de rodilla practicada en la sanidad privada] no es el resultado de una desatención o inadecuada, insuficiente o tardía prestación médica por parte del servicio público sanitario, sino el fruto de una decisión, libre y voluntaria, del paciente -y hoy reclamante- de apartarse del sistema público de sanidad. Decisión que arranca en octubre de 2023 [cuando solicita en su Centro de Salud las radiografías de rodillas, refiriendo « (...) *que quiere una segunda opinión por COT privado*» -folios 57, 148, 343-, y, por tanto, renunciando a una segunda opinión médica dentro del Servicio Canario de la Salud], continúa en diciembre de 2023 [al realizar varias consultas privadas de Traumatología -(...)- junto con las correspondientes infiltraciones articulares] y concluye a finales de febrero de 2024 [cuando se procede a la realización de « (...) *tratamiento artroscópico de la lesión de menisco el día 28 de febrero de 2024 en Gran Canaria, centro privado Hospitales (...)*»].

Pues bien, es precisamente esa decisión voluntaria del paciente de tratar de solventar sus padecimientos de rodilla en un centro sanitario privado y, por tanto, el consiguiente apartamiento de la asistencia sanitaria pública, lo que impide apreciar la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el perjuicio patrimonial por el que reclama. De esta manera, y a falta del inexcusable nexo causal requerido para poder apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria, es por lo que se entiende que procede desestimar la reclamación formulada por el interesado.

2. En conclusión, habida cuenta de que, por una parte, el reclamante no ha aportado medios de prueba con virtualidad suficiente para sostener la reclamación que promueve [arts. 77.1 LPACAP en relación con el art. 217 LEC] y de que, por otra parte, a tenor del contenido de los diversos informes que obran en el expediente lejos se 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 debe considerar conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de (...) se estima conforme a Derecho por las razones expuestas en el anterior Fundamento IV.