Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 7 / 2 0 2 6

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de febrero de 2026.

Dictamen solicitado por la Excma. 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. 3/2026 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad el 19 de diciembre de 2025 (registro de entrada de fecha 9 de enero de 2026), tiene por objeto la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. Se solicita el abono de una indemnización por importe de 65.608,81 euros, lo que determina que la solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo sea preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias 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 (LPACAP).

Está legitimada para solicitarlo la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

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

[*] **Ponente: Sra. Luengo Orol.**

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 por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad 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.

4. Asimismo, se cumple el requisito de la no extemporaneidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial (art. 67 LPACAP).

5. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

5.1. El reclamante ostenta la condición de interesado, en cuanto titular de un interés legítimo [art. 4.1.a) LPACAP y art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)], puesto que alega daños sufridos en su esfera jurídica como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento anormal del servicio público sanitario, y está legitimado activamente por cuanto solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados, supuestamente, por el deficiente funcionamiento del servicio público sanitario.

5.2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, concretamente al Servicio Canario de la Salud, organismo autónomo de dicha Administración, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses; transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio [art. 91.3 LPACAP]. No obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa [art. 21 LPACAP].

En el presente supuesto se ha superado con creces el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. Es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo que la demora producida no impide, sin embargo, la resolución del procedimiento; pesando sobre la Administración la obligación de resolver

expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 24.3 b) LPACAP [DDCC 120/2015, de 9 de abril y 270/2019, de 11 de julio, entre otros].

II

1. El reclamante solicita la incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial y el reconocimiento del derecho a ser indemnizado en la cantidad de 65.608,81 €, alegando, en síntesis, en su escrito de reclamación los siguientes hechos:

- El 26 de diciembre de 2015, acude al Servicio de Urgencias del Hospital del Norte por sufrir un accidente de motocicleta, aquejado de un fuerte dolor en el hombro, con sensación de desplazamiento total del mismo y pérdida de sensibilidad.

- Tras observación «*superflua*» se da de alta con el diagnóstico de luxación de hombro, con remisión a su Centro de Salud de La Orotava para ser tratado al cabo de unas semanas.

- El día 5 de enero de 2016, acude al Centro de Salud de La Victoria para realizarse pruebas radiológicas.

- El 14 de enero asiste para nueva valoración al COT del CAE de La Orotava, y dada la gravedad de la lesión, se le deriva al Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias (CHUC) donde diagnostican de luxación de hombro grado IV subaguda, con 100% de desplazamiento y se propone para cirugía. El primer diagnóstico, por tanto, no fue acertado, y su tratamiento tampoco, pues se diagnosticó una lesión de menor gravedad que la que realmente existía.

- Ese mismo día 14 de enero de 2016, se le entrega el Documento de Consentimiento Informado (DCI) y se solicita preoperatorio.

- Por motivos que desconoce, la intervención se fue retrasando, por lo que interpuso una primera reclamación el día 10 de mayo de 2016, con respuesta en junio del mismo año.

- Siguieron pasando los meses, de modo que el día 1 de diciembre de 2017 presenta nuevas reclamaciones a los efectos de requerir una mayor celeridad y un acortamiento de los plazos para operar, toda vez que la lesión se estaba haciendo crónica y le impedía realizar muchas actividades, incluida la de trabajar. No se recibió respuesta.

- Finalmente, la intervención tiene lugar el 14 de marzo de 2019, con el diagnóstico de luxación ACI Crónica grado V. Por lo que el reclamante advierte un segundo motivo de indemnización, no es razonable venir sufriendo una lesión crónica desde el 26 de diciembre de 2016 y no ser operado hasta el 14 de marzo de 2019.

2. Los motivos en los que sustenta la reclamación son dos:

1.- Error en el diagnóstico por el servicio de urgencias del Hospital del Norte, pues se calificó la lesión de menor gravedad que la que realmente era, indicándose, por tanto, un tratamiento que también era erróneo.

2.- Retraso injustificado de la intervención quirúrgica, que ocasionó un agravamiento de la lesión inicial y un tiempo impeditivo para realizar sus actividades de la vida diaria, incluida su actividad laboral.

Solicita una indemnización por 465 días impeditivos, por lucro cesante por perder su trabajo como operador telefónico, y por daño moral, que cuantifica en un total de 65.608,81 €.

III

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

1. El procedimiento comenzó mediante la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentado a través del Registro electrónico el Cabildo Insular de Tenerife el día 17 de noviembre de 2020.

2. Por Resolución de 10 de diciembre de 2020 del Director del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación formulada, y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica del reclamante. Dicha resolución se notifica al reclamante, así como a la entidad aseguradora del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias (CHUC).

3. Solicitado informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) el 11 de diciembre de 2020 por parte del Servicio de Normativa y Estudios de la Secretaría General del SCS, el SIP comunica la no emisión del informe solicitado siguiendo instrucciones de la Secretaría General del SCS.

4. En la fase de instrucción del procedimiento se emitió informe de la Sección de Facturación-Tesorería del HUC en relación con la posible facturación de los gastos sanitarios a tercero responsable por tratarse de accidente de tráfico, así como el informe de FEA de Cirugía ortopédica y Traumatológica del HUC. Consta, además,

copia de la Historia clínica del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias, y de Atención Primaria.

5. El 20 de noviembre de 2023 se otorga al interesado un plazo de diez días a fin de que aporte medios probatorios en relación con una posible prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial y transcurrido el plazo conferido, no se recibe nueva documentación.

6. Se acuerda admitir la prueba documental propuesta por el interesado e incorporar como prueba documental la historia clínica y los informes recabados por la Administración en período de instrucción.

7. Concluida la fase de instrucción del procedimiento se otorga trámite de audiencia al interesado, a fin de que en el plazo de diez días pueda acceder al expediente y formular alegaciones que estime pertinentes. Se notifica al interesado el 15 de enero de 2024.

8. El 26 de enero de 2024 se requiere al reclamante a fin de que aporte la reclamación interpuesta en el ámbito sanitario con fecha 10 de mayo de 2016, pero transcurrido el plazo, no aporta la documentación requerida.

9. Con fecha 14 de febrero de 2024, por la Secretaría General del Servicio Canario de LA Salud, se formula Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación formulada por (...), por haber prescrito su derecho a reclamar.

10. No consta informe del Servicio Jurídico al amparo de lo dispuesto en el art. 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, por cuanto en la Propuesta de Resolución se considera que se trata de cuestiones resueltas previamente.

11. El 19 de febrero de 2024 (registro de entrada de fecha 20 de febrero de 2024), se solicita el preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo, el cual es emitido el 2 de abril de 2024 (DCC 159/2024), en el que se concluye que la Propuesta de Resolución que desestima la reclamación por haber prescrito el derecho a reclamar no es conforme a Derecho, toda vez que computándose el plazo de prescripción desde la fecha del alta en consulta de traumatología el día 30 de septiembre de 2019 el plazo de un año finalizó el 30 de septiembre de 2020. Añadiendo la desestimada Propuesta de Resolución que teniendo en cuenta la fecha en la que se presenta la reclamación (17 de noviembre de 2020) podríamos entender

que es extemporánea, al haberse interpuesto transcurrido el plazo de prescripción de un año.

El Dictamen citado concluyó dictaminando que no se ha producido prescripción, debiendo entrarse a analizar el fondo de la reclamación lo que supone la necesidad de que se retrotraiga el procedimiento a dichos efectos.

Se requiere la emisión de informe complementario del Servicio de Traumatología del Hospital Universitario de Canarias en el que además de relatar los hechos acontecidos relativos a la asistencia sanitaria, se expongan los motivos por los que habiéndose indicado la cirugía el 14 de enero de 2016, la misma se produce más de tres años después.

Además, a la vista de su informe, donde se indica que existe evidencia científica sobre los buenos resultados funcionales (en grado IV y superiores) con el tratamiento no quirúrgico de este tipo de lesiones, se debe aclarar en qué consiste este tratamiento no quirúrgico, y si se indicó en el caso de este paciente. Por otra parte, dado que se señala que la demora sí afecta a la técnica quirúrgica empleada, también se debe aclarar cuál hubiera sido la técnica quirúrgica empleada de haberse realizado antes la operación, y si hubiera sido menos invasiva. Tras la emisión de dicho informe, y toda vez que no consta informe del SIP, se considera necesario que se recabe su parecer en cuanto a las lesiones producidas y su presunta relación de causalidad con la actuación del servicio público sanitario.

12. El Dr. (...), jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del HUC emite informe el 4 de agosto de 2025.

13. El 20 de octubre de 2025 se emite informe por el Servicio de Inspección y Prestaciones.

14. De los informes anteriores se da traslado a la parte interesada el 5 de noviembre de 2025, y se otorga el plazo de diez días a fin de que formule las alegaciones que estime pertinentes. Transcurrido el plazo conferido, no se recibe nueva documentación.

15. El 17 de diciembre de 2025 se dicta Propuesta de Resolución por la que se dispone *«Desestimar la reclamación formulada por (...) por no concurrir los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*», al considerar que «*el paciente fue correctamente diagnosticado y recibió el tratamiento indicado para su lesión con un resultado muy satisfactorio, de*

manera que no se ha acreditado la existencia de un daño efectivo derivado del funcionamiento de los servicios públicos».

IV

1. Con carácter previo al análisis de fondo de la Propuesta de Resolución objeto de Dictamen, procede realizar una observación relativa a los Antecedentes de hecho de la Propuesta de Resolución, en concreto el segundo párrafo del Antecedente de hecho sexto, que expresamente señala:

«Con fecha 2 de abril de 2024 el Consejo Consultivo de Canarias emite dictamen n.º 159/2024 considerando que la propuesta de resolución no es conforme a derecho, pues la acción reclamatoria no estaría prescrita, al no haber valorado la fecha en que las secuelas fueron determinadas».

El motivo por el que este Consejo Consultivo no consideró prescrita la acción resarcitoria difiere mucho del indicado en la Propuesta de Resolución, que, además, resulta ambiguo y confuso. Del contenido de nuestro anterior Dictamen se deriva con claridad que este Consejo Consultivo sí valoró la fecha en que las secuelas fueron determinadas, pero el fundamento para no apreciar la existencia de prescripción fue, indudablemente otro bien distinto.

Tal y como se indicó en el apartado 11 del Fundamento anterior, este Consejo Consultivo consideró que no había prescrito la acción por cuanto, aunque la fecha de curación o de determinación del alcance de las secuelas tuvo lugar con el alta en consulta de Traumatología el día 30 de septiembre de 2019, y la reclamación que dio inicio al procedimiento de responsabilidad patrimonial se presentó el 17 de noviembre de 2020, el reclamante antes de dicha fecha ya había formulado reclamación por la tardanza en la intervención y en la que se planteaba la posible exigencia de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la misma. En dicha reclamación manifiesta una intención o un animus de reclamar por los perjuicios sufridos que si bien, no estaban plenamente determinados en todo su alcance en el momento de la reclamación, sí se estaban generando en dicha fecha y así se hace valer por el interesado, aunque fuera de forma genérica. De modo que aunque todavía no había empezado a computar el plazo para ejercitar la acción, al formular la reclamación de manera anticipada a la fecha de determinación del daño, es perfectamente posible que una reclamación se presente antes de que comience a computar el plazo de prescripción por no haberse estabilizado o consolidado el daño, lo que repercute en la cuantificación del daño, pues no se conoce el alcance de los

perjuicios de manera definitiva, pero en modo alguno impide que el perjudicado pueda ejercitar su derecho mediante la oportuna reclamación.

Por todo ello, ante la discordancia entre el segundo párrafo del Antecedente de hecho sexto y el contenido del Dictamen, procede su corrección.

2. En cuanto al análisis de fondo debemos partir del régimen jurídico por el que se regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que tiene su base en el principio genérico de la tutela efectiva, art. 24 de la Constitución o de manera específica en el art. 106.2 del Texto Constitucional, al disponer que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La remisión que se contiene en el precepto constitucional nos conduce, actualmente, a la aplicación de capítulo IV del Título preliminar de la citada Ley 40/2015, de 1 de octubre, cuyo art. 32 dispone:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

A partir de dicha regulación constitucional y legal, la jurisprudencia ha venido a establecer los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la siguiente formulación que encontramos expuesta, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 5 de diciembre de 2014 (Sec. 6.ª, recurso n.º 1308/2012, ponente D.ª Margarita Robles Fernández, Roj STS 4942/2014, FJ 3): «*la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta».*

En el concreto ámbito de la asistencia sanitaria, los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración se recogen, entre otras muchas, en

la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (Sec. 4.ª, recurso n.º 4397/2010, ponente D. Jesús Cudero Blas, Roj STS 2494/2015, FJ 5), que se expresa del siguiente modo:

«En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011 y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) 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, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la lex artis y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, hemos señalado (Sentencias de 2 de enero de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 3156/2010 y de 27 de abril de 2015, recurso de casación núm. 2114/2013 que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido, cabe entender conculcada la lex artis , pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal».

Por tanto, en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, el criterio básico utilizado es el de la *Lex Artis*, de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados: La obligación del médico es prestar la debida asistencia y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo.

Por ello, la *Lex Artis* constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos imponiendo al profesional la obligación y el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

Finalmente, como hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 124/2024, de 12 de marzo), según el actual art. 32.1 LRJSP –similar al anterior art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,- es requisito indispensable para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, 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).

3. Sentada la anterior doctrina y aplicándola al caso que nos ocupa, a los efectos de analizar si en el presente caso se ha producido la infracción de la *lex artis ad hoc* en la atención dispensada al paciente, que alega en la reclamación y el obligado nexo causal entre esa actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido, es preciso partir del relato fáctico referido a la asistencia sanitaria dispensada por el SCS extraído de la historia clínica, del informe emitido por el Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS, de los informes emitidos por los diferentes Servicios que intervinieron en la atención al paciente, así como de la documentación aportada por el reclamante durante la tramitación del procedimiento.

De este modo, resultan de interés para la emisión del presente Dictamen los siguientes hechos, que se extraen del expediente administrativo remitido:

- El día 26 de diciembre de 2015 acude al Servicio de urgencias del Hospital del Norte, por dolor y deformación en el hombro izquierdo tras sufrir caída de una moto. En la exploración física se observa discreta limitación de movimientos activos y pasivos, deformación a nivel de articulación AC y signo de la tecla. Se realiza radiografía de hombro izquierdo, donde se observa luxación acromioclavicular. Impresión diagnóstica es de Luxación acromioclavicular grado III. Se pauta analgesia, se le indicó utilizar cabestrillo (sling) reposo y control por Traumatólogo de zona en una semana.

- El 14 de enero de 2016 acude a consulta de Traumatología en CAE de La Orotava, donde remiten al paciente Urgencias del CHUC para valoración por el Servicio de Traumatología.

En este centro hospitalario se revisó la radiografía estableciendo el diagnóstico de luxación acromioclavicular grado IV subaguda. Al tratarse de un paciente joven se planteó cirugía programada con reanclaje y plastia que el paciente aceptó, se le entregó el consentimiento informado y se solicitó el estudio preoperatorio (analítica, radiografía de tórax y electrocardiograma -ECG-).

- Comienza situación de IT desde el día 26 de diciembre de 2015.

- En consulta del día 19 de enero de 2016 con su Médico de Familia (Atención Primaria) consta que el paciente está ahora desempleado. Se diagnostica depresión e inicia tratamiento con antidepresivos.

- El 29 de enero de 2016 acude de nuevo a su Centro de Salud, por continuar con mucha ansiedad y referir ideas suicidas. El paciente refiere que desde hace unas semanas en situación de desempleo. Se remite a Psiquiatría, que valora al paciente y diagnostica depresión con cambio en la medicación pautada.

- En las consultas posteriores con su Médico de Familia de Atención Primaria consta que el paciente sigue deprimido, principalmente, por la pérdida del empleo. Y acude en varias ocasiones para entregar partes de IT y por otros motivos no relacionados con la patología de hombro.

- En consulta del día 13 de septiembre de 2016 se da alta laboral.

- El 5 de junio de 2017 consta en consulta con su Médico de Familia que el paciente refiere que le habían llamado del HUC para saber si seguía interesado en la cirugía de luxación de hombro.

- Constan dos reclamaciones interpuestas por el paciente, una en mayo de 2016 y otra en diciembre de 2017.

A la primera, en la que manifiesta su insatisfacción con la situación en la que se encuentra en la lista de espera, se le contesta los siguiente: «*que dada la lista de espera del citado Servicio, los pacientes son intervenidos por orden de antigüedad y prioridad clínica, por lo que existiendo pacientes con igual prioridad y fecha de inclusión en lista de espera anterior a la suya, que aún no han sido intervenidos, lamentamos, en la actualidad, no poder ofrecer una fecha orientativa para la intervención quirúrgica por la que aguarda.*

En cualquier caso, nos gustaría informarle que desde el Servicio Canario de Salud y el Hospital Universitario de Canarias se están acometiendo diversas medidas con el objeto de reducir las demoras en la atención».

- El estudio preoperatorio se produce en febrero de 2019. La analítica solicitada por el Servicio de Anestesiología y la RX de tórax se realizan el 14/02/2019.

- La intervención quirúrgica tiene lugar el 14/03/2019 por luxación crónica AC grado IV llevándose a cabo una reducción de luxación mediante técnica de Weaver Dunn modificada.

- Acude a consulta de Traumatología del CHUC el 3 y el 8 de abril de 2019. A las tres semanas de la cirugía, el día 8 de abril, acudió a la cita de revisión con el cabestrillo, se describía buena evolución radiográfica y de la cicatriz, por lo que se le indicó retirar el cabestrillo para comenzar la flexo-extensión del codo y se realizó interconsulta al Servicio de Rehabilitación.

- El día 26 de abril fue valorado por el Servicio de Rehabilitación describiendo a la exploración física «*Balance articular flexión 90º, abducción 70º, rotaciones inicia, codo y muñeca libres*», y fue derivado a centro concertado para fisioterapia.

- El día 15 de mayo tuvo cita de revisión con el Servicio de Traumatología registrando que había presentado una evolución muy satisfactoria desde el punto de vista clínico y radiológico. Había estado realizando fisioterapia consiguiendo mejoría funcional descrita a la exploración física «*Balance articular flexión 120º, abducción 120º, rotaciones completas*». Se indicó retirar el cabestrillo por completo, progresar en la fisioterapia y cita de revisión a los tres meses.

- El día 30 de septiembre tuvo la cita de revisión programada con el Servicio de Traumatología en la que se indicó una evolución clínica y radiológica muy satisfactorias por lo que se dio el alta médica.

- Tras la cirugía y alta médica por parte del Servicio de Traumatología no constan consultas por dolor o disfunción relacionada con el hombro izquierdo.

4. Sentados los hechos anteriores, procede analizar los motivos en los que el reclamante sustenta la acción resarcitoria por responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de Salud.

Debemos tener en cuenta que la reclamación de responsabilidad patrimonial se sustenta en dos motivos:

1.- Error en el diagnóstico en el servicio de urgencias del Hospital del Norte, pues se calificó la lesión de menor gravedad que la que realmente era, indicando, por tanto, un tratamiento que también era erróneo.

2.- Retraso injustificado de la intervención quirúrgica, que ocasionó un agravamiento de la lesión inicial y un tiempo impeditivo para realizar sus actividades de la vida diaria, incluida su actividad laboral. Se ha producido una vulneración de las normas reguladoras de las listas de espera sanitarias en Canarias, según las cuales, la lesión de hombro sufrida debió ser tratada quirúrgicamente dentro del plazo de 150 días.

Solicita una indemnización por 465 días impeditivos, por lucro cesante por perder su trabajo como operador telefónico, y por daño moral, que cuantifica en un total de 65.608,81 €, como consecuencia de la dilación excesiva del plazo para la intervención quirúrgica desde que fue indicada (14 de enero de 2016) hasta su efectiva realización (15/03/2019).

- Sobre el supuesto error de diagnóstico en el servicio de urgencias del Hospital del Norte:

De la documentación analizada, consistente en la historia clínica y los informes médicos recabados, tal alegación no puede tener favorable acogida.

La actuación en el Servicio de Urgencias del Hospital del Norte no puede considerarse contraria a la *lex artis* por cuanto, una vez que acude el paciente, el día 26 de diciembre de 2015, por dolor y deformación en el hombro izquierdo tras sufrir caída de una moto, se le presta la asistencia debida, mediante la exploración física donde se observa discreta limitación de movimientos activos y pasivos, deformación a nivel de articulación AC y signo de la tecla. Se realiza prueba de imagen consistente en radiografía de hombro izquierdo, donde se observa luxación acromioclavicular. Siendo la impresión diagnóstica es de Luxación acromio-clavicular

grado III. Se pauta analgesia, se le indicó utilizar cabestrillo (sling) reposo y control por Traumatólogo de zona en una semana. Es en la consulta del Especialista cuando se establece un diagnóstico definitivo de luxación acromioclavicular grado IV subaguda. Por tanto, la revaloración del paciente por Traumatología sólo cambió la catalogación de la luxación acromioclavicular de grado III a grado IV.

En el informe del SIP se indica que «*el paciente fue correctamente diagnosticado y se le indicó el tratamiento más adecuado para su caso».*

- Sobre la demora excesiva en la gestión de las listas de espera.

Queda acreditado en el expediente que el paciente es incluido en la lista de espera quirúrgica el día 14 de enero de 2016 y la intervención quirúrgica se produce el 14 de marzo de 2019. Por tanto, una vez incluido en la lista de espera transcurrieron un total de 1.155 días (3 años y dos meses). Según la Orden de 26 de diciembre de 2006, por la que se modifica el anexo I de la Orden de 15 de mayo de 2003, que establece los plazos máximos de respuesta a determinados procedimientos quirúrgicos a cargo del Servicio Canario de la Salud (BOC n.º 96, de 21/5/03), la lesión de hombro sufrida debió ser tratada quirúrgicamente dentro del plazo de 150 días.

Por otro lado, también consta que se emitió el alta laboral de la incapacidad temporal en septiembre de 2016 por mejoría y, consultado en los datos de la TGSS -extremo éste que se habrá de reflejar en las actuaciones a través del correspondiente soporte documental-, se ha confirmado que tras esta fecha el paciente tuvo varios contratos de trabajo. Además, se constata que realizaba actividad física pues en noviembre de 2017 acudió a valoración en atención primaria por dolor lumbar que relacionaba con ejercicios en el gimnasio. Por tanto, durante el tiempo que se encontraba en lista de espera pendiente de la intervención quirúrgica programada no se vio limitado el desarrollo de sus actividades básicas ni esenciales.

Ahora bien, también consta que durante el tiempo de espera la luxación acromioclavicular grado IV pasó de subaguda a crónica y respecto a la diferencia del tratamiento quirúrgico entre una y otra, se explica en el informe del jefe de Servicio de Traumatología del CHUC lo siguiente:

«La diferencia del tratamiento en agudo con respecto al crónico, sería aspectos técnicos de la técnica quirúrgica.

En una cirugía aguda se realiza una reducción de la clavícula a su posición correcta y una inmovilización con algún dispositivo que ayude a mantener esa posición correcta de la

clavícula. No hace falta aportar tendones o ligamentos o tejidos biológicos para aumentar esta reducción y estabilización.

Cuando realizamos la cirugía en el momento crónico o en fase de secuela el cambio fundamental es que hay que proceder a aumentar dicha estabilización, la misma estabilización que usamos en agudo, pero aportando algún tejido biológico, como pueden ser injertos tendinosos del propio paciente o del banco de tejido. La técnica que se describe en este caso del weber-Dunn consiste en utilizar un ligamento propio del paciente que se cambia de lugar para estabilizar dicha articulación.

Los resultados de las dos cirugías tanto en agudo como en crónico deberían ser similares con la diferencia del momento evolutivo en el que se realizan estos procedimientos.

Cuando se realiza la cirugía en el momento agudo puede ser algo menos invasiva que cuando requerimos aumentar la estabilización con tejidos, como puede ser injertos de tendones o colgajos con ligamentos del área circundante; aunque básicamente la técnica es muy similar».

Por tanto, si se hubiera operado en fase aguda la técnica empleada hubiera sido menos invasiva (reducción de la clavícula a su posición correcta y una inmovilización con dispositivo). En fase crónica, como ocurrió en este caso, a lo anterior se añadió la necesidad de aportar ligamentos propios del paciente para aumentar esta reducción y estabilización.

Afortunadamente, a pesar del tiempo transcurrido, la intervención se produjo sin incidencias y de manera satisfactoria por cuanto tras la cirugía el paciente fue dado de alta y mantuvo seguimiento periódico por parte del Servicio de Traumatología quién indicó el momento en el que pudo comenzar la fisioterapia, habiendo tenido una evolución muy favorable, por lo que fue dado de alta médica a los seis meses de la intervención. Tras el alta médica no ha consultado por disfunción ni dolor relacionados con la lesión que previamente presentaba.

Por tanto, no se ha acreditado la existencia de un daño físico o secuelas derivadas del retraso en la cirugía, lo cual no determina la inexistencia de daño indemnizable derivado de la misma, ya que se reclama, además por daño moral.

No procede indemnizar los días impeditivos o el lucro cesante por perder su trabajo como operador telefónico, por cuanto no guardan relación con el retraso de la cirugía. Debe tenerse en cuenta que la caída se produce el 26 de diciembre de 2015 y el 19 de enero de 2016 ya consta que se encontraba desempleado.

Procede ahora analizar si procede una compensación por el daño moral derivado de la espera excesiva.

Con carácter general, la antijuridicidad de los daños relacionados con las listas de espera se limita a los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración.

De este modo, la Sentencia 7445/2004 de 24 de enero, (rec. 784/20029 de la Audiencia Nacional señala que el daño vinculado a la espera 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 transcurso de la espera se produjese 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*».

Por tanto, a la hora de apreciar la anormalidad de la espera para una determinada cirugía habría que valorar los tiempos de espera que el propio SCS ha regulado para este tipo de cirugías, este caso, como se ha indicado según la Orden de 26 de diciembre de 2006, la lesión de hombro sufrida debió ser tratada quirúrgicamente dentro del plazo de 150 días, y se tardó 1.155 días.

Por otra parte, como señala la STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2007 (rec. 898/2003) se debe evitar considerar justificada una determinada actuación médica bajo la mera invocación de estar amparada en el «régimen de cola» y en lo limitado de los recursos sanitarios. En este sentido, la Administración sanitaria tiene la carga de acreditar el estándar del funcionamiento del servicio, es decir, si en un determinado momento existía tal volumen de demanda que determinaba que la cirugía se demorara cierto tiempo.

Sobre la dilación en la intervención quirúrgica el SCS no ofrece justificación concreta del retraso, alegando en la contestación a la reclamación sobre la espera, que existe un orden de antigüedad y prioridad clínica, y que hay pacientes con igual prioridad y fecha de inclusión en lista de espera anterior a la suya, que aún no han sido intervenidos.

El jefe de Servicio de Traumatología del CHUC, al respecto, manifiesta en su informe que *«La lista de espera quirúrgica se gestiona desde servicios centrales de Admisión, su gestión no compete al servicio de Trauma, y la dificultad para programar las intervenciones radica en la gran demanda de pacientes, la poca disponibilidad de quirófanos y que en ocasiones se producen urgencias con criterio de mayor gravedad que requieren cirugía prioritaria».*

Por su parte en el informe del SIP consta: *«Las cirugías programadas se incluyen necesariamente en una lista de espera quirúrgica para una mejor gestión de los limitados*

recursos. En este caso el paciente fue derivado en febrero de 2016 a centro concertado para su intervención, pero dos meses después fue devuelto para continuar en la lista de espera quirúrgica del HUC por tratarse de una patología cuyo tratamiento no se encontraba concertado. Dado que se trataba de una cirugía programada por una entidad que no estaba generando disfunción ni dolor se mantuvo en la lista de espera hasta programar la cita».

Por tanto, ese plazo de espera, que sin duda resulta excesivo o exagerado, viene justificado por la Administración sanitaria por razón de la necesidad de atender otros casos más graves, considerados de una mayor prioridad, por la gran demanda y la poca disponibilidad de quirófanos, recursos limitados (lo que implica insuficiencia de recursos) y porque el paciente no había manifestado dolor.

Tal justificación debe reputarse como una manifestación genérica e insuficiente, carente de sustento probatorio, al no ofrecer dato concreto alguno, siquiera por aproximación, referido al número de pacientes, motivos y plazos, incluidos en las listas de espera en el Hospital concernido durante el período reseñado, para valorar otras intervenciones quirúrgicas consideradas de prioridad preferente, que permitieran extraer alguna conclusión sobre la gestión correcta o no de la lista de espera en lo concerniente exclusivamente al manifiesto exceso de aquel plazo temporal.

La excesiva dilación en la espera para la intervención quirúrgica derivada de la inadecuada gestión de las listas de espera y, consiguientemente, del anómalo funcionamiento del servicio público sanitario, convierte en antijurídico el daño sufrido por el paciente, ya que no tenía el deber jurídico de soportar dicha espera, y, a la vez, demuestra la concurrencia del presupuesto de la relación causal entre el citado funcionamiento del servicio público y el mencionado daño, si bien en este caso el daño no es el físico, pues afortunadamente tras la operación el paciente tuvo una recuperación *ad integrum*, sin secuelas, pero sí existió un daño moral o psíquico, que también es indemnizable.

- Consta en consulta del día 19 de enero de 2016 en su Médico de Familia (Atención Primaria) se diagnostica depresión e inicia tratamiento con antidepresivos.

- El 29 de enero de 2016 acude de nuevo a su Centro de Salud, por continuar con mucha ansiedad y referir ideas suicidas. Se remite a Psiquiatría, que valora al paciente y diagnostica depresión con cambio en la medicación pautada.

La Jurisprudencia viene reconociendo virtualidad jurídica a la sensación anímica, la inquietud o zozobra, por lo que se otorga mayor reconocimiento jurídico a la posición del paciente.

Un buen ejemplo de la aplicación al caso concreto del concepto de zozobra está en la STS 474/1995, de 22 de mayo, de la Sala de lo Civil. Para el TS, la zozobra «*debe entenderse como indemnización del perjuicio moral, ciertamente incalculable, pero que* (...) *trata de indemnizar la zozobra que en el paciente causó la inatención y el progresivo deterioro de su salud*». El TS caracteriza «*como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquélla mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificara aún más en el futuro la gravedad de su dolencia*».

En estos casos, con independencia del resultado, se indemniza el efecto de verse desatendido por el sistema público sanitario.

Respecto del quantum de la indemnización, debe partirse de que aunque el retraso en la práctica de la cirugía no produjo secuelas al reclamante, pero sí supuso el empleo de una técnica quirúrgica más invasiva y el padecimiento que tal situación conlleva en sí mismo de zozobra, inquietud y ansiedad, lo cual si bien no constituye daño físico sí constituye daño moral.

Por tanto, atendiendo a las circunstancias acaecidas, como es el excesivo tiempo de espera que no ha sido justificado, la evolución a una patología crónica que requirió un cambio de técnica quirúrgica, y aunque durante el tiempo de espera no hubo importantes limitaciones físicas para el desarrollo de su actividad laboral y habitual, y el paciente tuvo una recuperación completa sin secuelas, se estima adecuada una indemnización por daño moral por el importe total de 8.000 €, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad en los términos previstos en el art. 34.3 LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina no conforme a Derecho la Propuesta de Resolución que desestima la reclamación formulada, por cuanto procede la estimación parcial de la reclamación y reconocer el derecho a una indemnización por daños morales por lo motivos expresados en el fundamento IV del presente Dictamen.