



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 5 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 17 de marzo de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 60/2016 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución emitida por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud de la Comunidad Autónoma de Canarias, tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que, se alega, se han producido por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarla el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. En su escrito de reclamación el afectado afirma que el día 15 de octubre de 2009 acudió al Servicio Normal de Urgencias de los Gladiolos (SNU) aquejado de tos, fiebre, vómitos y dolor muscular, diagnosticándosele un catarro de vías altas para lo que se le prescribió tratamiento antibiótico (levofloxacino 500 mg).

Posteriormente, el día 17 de octubre de 2009, al agravarse sus síntomas iniciales decidió acudir al Servicio de Urgencias del Hospital Ntra. Sra. de La Candelaria, donde se le realizó una radiografía pero no las pruebas de detección del virus de la

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

gripe A (virus H1N1), pese a la pandemia y alarma social existente en aquel momento. Tras dicha prueba se le diagnosticó un cuadro de bronquitis y se ajustó su medicación de antibioterapia.

El día 19 de octubre de 2009, dado que no observaba mejoría alguna, acudió a su médico de cabecera en el Centro de Salud "Guigou Parque Marítimo", pero no se le realizó prueba diagnóstica alguna, manteniéndose el diagnóstico y tratamiento anteriormente referido. El día 20 de octubre, vuelve al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Ntra. de la Candelaria, donde tampoco se le hacen las pruebas diagnósticas dirigidas a determinar si lo que realmente padece era una gripe tipo A, manteniéndose lo pautado anteriormente pese a la persistencia y agravamiento de los síntomas iniciales.

4. El 22 de octubre de 2009, ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria, donde finalmente se le hicieron las pruebas precisas para determinar si padecía una gripe A o no, siendo los resultados positivos.

El afectado alega que en ese momento, después de varios días de evolución sin el tratamiento a base de antivirales (*Tamiflú* a altas dosis), la gripe se complicó con una neumonía bilateral moderada-severa con muy mala evolución, llegando incluso a sufrir una hepatización del pulmón derecho, infiltrándose por el campo izquierdo, razón por la que el día 24 de octubre de 2009 fue derivado a la Unidad de Medicina Intensiva de dicho centro hospitalario, en la que permaneció hasta el día 25 de noviembre de 2009, precisando en todo momento de ventilación mecánica y practicándosele, incluso, una traqueotomía de urgencia.

En el momento de abandonar dicha Unidad, su diagnóstico era el de neumonía comunitaria grave por H1N1, shock séptico de origen respiratorio, taquicardia sinusal, neumotórax iatrogénico resuelto, fracaso renal agudo y traqueotomía reglada.

Por último, se le dio el alta hospitalaria el 4 de diciembre de 2009, pero ha continuado padeciendo secuelas, incluidas de tipo renal, a causa de la gripe A padecida.

5. El afectado considera que la asistencia médica que se le prestó, especialmente la previa a su ingreso definitivo en el centro hospitalario referido el día 22 de octubre de 2009, fue del todo inadecuada, puesto que pese a que presentaba claros síntomas, propios de la gripe A (virus H1N1) desde el día 15 de octubre de 2009, unido al hecho de encontrarse en uno de los grupos de riesgo (dada

la obesidad mórbida que padecía en esa época y pese a haber indicado que estuvo en contacto con personas que padecían gripe A), no se le practicaron las pruebas diagnósticas que procedían y con ello no solo se le dio un diagnóstico erróneo, sino que impidió que se le aplicara el tratamiento adecuado con la inmediatez precisa, por lo que se produjo un agravamiento de la enfermedad con complicaciones que pusieron en riesgo su vida.

Por tanto, se considera que la actuación de los servicios médicos dependientes del Servicio Canario de la Salud ha sido contraria a *lex artis*, hecho por lo que se solicita una indemnización de 105.580 euros, que incluye los días de baja y las diversas secuelas que padece, a lo que se debe añadir el importe de los perjuicios económicos derivados de la pérdida de su puesto de trabajo, sufrida a consecuencia de la mencionada enfermedad.

6. A la Propuesta de Resolución, objeto de este Dictamen, son de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP).

II

1. El procedimiento se inició a través del escrito de reclamación que presentó el afectado el día 28 de septiembre de 2010.

El día 18 de octubre de 2010, se dictó la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

En cuanto a su tramitación del procedimiento, cuenta con la totalidad de los trámites preceptivos, incluyendo el informe conjunto de la Dirección del C.S. Dr. Guigou y SNU Gladiolos y el informe del Servicio de Urgencias del Hospital de Ntra. Sra. de La Candelaria; apertura del periodo probatorio, si bien no se propuso la práctica de prueba alguna; y se otorgó el trámite de vista y audiencia. El reclamante presentó alegaciones en las que manifestaba su discrepancia con tal informe, y recordaba que no se tuvo en cuenta el dato, proporcionado por la madre del afectado, de haber estado próximo a personas infectadas de gripe A, señalando la obesidad como factor de riesgo, que no se tuvo en cuenta.

2. El día de 25 de enero de 2016, se emitió la Propuesta de Resolución, acompañada del borrador de la Resolución definitiva.

Luego, el día 16 de febrero de 2016, se emitió el informe de la Asesoría Jurídica departamental, según el cual:

“(...) también se desprende del expediente que (folios 80 y siguientes) que existió información facilitada por la Dirección General de Salud Pública de 13 de agosto, previo a la asistencia, sobre la determinación de los grupos de población para la Administración de antivirales, dentro de los cuales se encuentra la obesidad mórbida, como personas que presentan un riesgo más elevado de sufrir complicaciones por gripe, y que se pese a ser un tratamiento antiviral terapéutico e individual que debe ir asociado al correspondiente juicio clínico y valoración de riesgo, en el expediente que se informa, no figura referencia a este extremo, esto es si se daban o no en el paciente circunstancias que hubieran determinado otra actuación (...)”.

Dicho informe añade que faltaría determinar si el paciente tenía obesidad mórbida; si la misma era o no un factor de riesgo a considerar; y si de haber aplicado el tratamiento antiviral desde un primer momento se hubiera evitado la agravación del estado del paciente.

Finalmente, el día 23 de febrero de 2016 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio años atrás sin justificación para ello. Esta demora, sin embargo, no obsta para resolver expresamente, pues persiste el deber legal de hacerlo, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los legales o económicos que tal demora pudiera comportar (arts. 42.1 y 7, 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC).

3. Por otra parte, concurren los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución, y desarrollados en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Resolución definitiva desestima la reclamación efectuada, puesto que el órgano instructor entiende que, con base en los informes obrantes en el expediente, puede considerarse que el afectado no pertenecía a grupo de riesgo de la gripe A, añadiéndose que tampoco consta documentado en su historial clínico un vínculo epidemiológico, motivos por los que el paciente no cumplía con ninguno de los criterios necesarios para instaurarle desde un primer momento un tratamiento antiviral.

Por ello, se considera que no se ha demostrado la existencia de relación causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño pro el que se reclama.

2. En el presente asunto, para de poder entrar en el fondo de la cuestión y teniendo en cuenta que la reclamación del afectado se fundamenta en que erróneamente no se le incluyó dentro de uno de los grupos de riesgos de la gripe A, lo que hubiera supuesto que ante los síntomas que presentó el día 15 de octubre de 2009 se le hubiera aplicado la medicación antiviral, es preciso resolver dos cuestiones al respecto. La primera, es la relativa a si las personas que padecen obesidad mórbida estaban incluidos en algún grupo de riesgo de dicha enfermedad y, segunda, de estarlo, si en el paciente se daban las circunstancias precisas no solo para incluirlo dentro de ese grupo, sino si era necesario desde un principio hacerle las oportunas pruebas para detectar el virus H1N1 y aplicarle la medicación antiviral en atención de sus circunstancias personales y los síntomas que presentaba desde el día 15 de octubre.

3. En cuanto a la primera de las cuestiones, la misma está resuelta mediante el "protocolo de actuación ante la infección por el nuevo virus de gripe A/H1N1 en atención primaria", emitido por la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad (páginas 80 y siguientes del expediente), en su versión actualizada a fecha de 13 de agosto de 2009, que se establece los grupos de población para la administración de antivirales, incluyendo obesidad mórbida (índice de masa corporal igual o superior a 40), si bien se determina que "(e)n todos estos grupos de población habrá que valorar la oportunidad de prescribir la medicación antiviral según criterios individualizados de beneficio/riesgo".

4. En cuanto a la segunda cuestión, consta en el informe del alta médica (correspondiente a la enfermedad referida por el interesado, gripe A) que obra en el expediente, emitida por el Servicio de Neumología del centro hospitalario mencionado el día 9 de diciembre de 2009, dentro del juicio clínico, el término "obesidad", pero sin establecer el tipo o graduación de la misma (página 458 del expediente).

En el historial médico del interesado, informe de la nefróloga de dicho hospital, de 27 de septiembre de 2010, se observa que el mismo padece de "sobrepeso" (folio 284 del expediente), sin se haga referencia alguna a la obesidad mórbida, padecimiento este que, como es notorio, va más allá del sobrepeso; y en el informe

del Servicio de Medicina Interna del hospital, de 26 de agosto de 2013 (páginas 639 y 640 del expediente), por tanto, de casi tres años después de los hechos, consta que padece obesidad mórbida *en ese momento* y que su peso es constante desde hace 5 años, siendo su peso máximo de 125 kgs.

Sin embargo, de todo ello no se puede deducir de forma clara si padecía obesidad mórbida el día 15 de octubre de 2009, el inicial del proceso médico por el que se reclama; es decir si su obesidad se podía catalogar como tal, ni tampoco que su sobrepeso unido a sus síntomas o evolución indicaran un tratamiento antiviral precoz.

5. Pues bien, si bien es cierto que no consta que su sobrepeso se catalogara por los facultativos que le atendieron como obesidad mórbida tanto el día 15 de octubre como los siguientes, también lo es que en los informes emitidos tanto por el Director del SNU Gladiolos (página 67 del expediente) como por el Coordinador de Urgencias del Hospital, referido este último al día 17 de octubre de 2009, consta que en el afectado no se observaban factores de riesgo o signos de gravedad.

Así, en el informe correspondiente al día 17 de octubre de 2009 se afirma que "(e)n la exploración física y en el estudio de la radiografía de tórax no se objetivaron alteraciones patológicas significativas ni signos de alarma", y que a la totalidad de las preguntas de la encuesta de factores de riesgo que se le realizó se respondió negativamente, lo cual concuerda con la información que obra en el protocolo médico. Efectivamente, no basta con estar incluido en un grupo de riesgo para aplicar los antivirales, pues es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

6. El afectado no ha aportado ningún elemento probatorio que desmienta lo alegado por los Servicios que le atendieron; es decir, no ha presentado ninguna prueba que demuestre que en él se daban las condiciones para incluirlo en un grupo de riesgo, especialmente el de obesidad mórbida, o que, incluyéndolo en tal grupo, el resto de circunstancias y sintomatología indicaran que padecía gripe A, o que ante tal peligro fuera necesario aplicarle el tratamiento antiviral desde el día 15 de octubre, pues su obesidad, como antes se refirió, nunca fue catalogada como tal ni las pruebas y exploraciones médicas que se le realizaron indicaron que requiriera, antes del día 22 de octubre de 2009, la aplicación de dicho tratamiento.

Además, en el informe del Director del SNU Gladiolos se afirma que todo proceso gripal puede complicarse con independencia de las actuaciones diagnósticas y terapéuticas.

Por último, tampoco ha presentado prueba alguna que determinara que tuvo contacto con personas que padecían de gripe A antes del 15 de octubre de 2009.

7. Tal y como ha manifestado de forma reiterada este Consejo Consultivo (por todos, DCC 344/2015) en relación con la prueba de la realidad del hecho lesivo y la relación causal necesaria entre el funcionamiento del servicio y los daños por los que se reclama, conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y corresponde al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. Por ello, el interesado debió presentar algún elemento probatorio que le permitiera acreditar una mala actuación de los profesionales del Servicio Canario de la Salud.

8. A su vez, es de aplicación a este caso lo manifestado en el Dictamen de este Consejo Consultivo 374/2015, de 8 de octubre, en relación con la “prohibición de regreso” a la hora de valorar un diagnóstico y una actuación médica inicial, que al respecto sigue la Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

«Así, por ejemplo en la Sentencia num. 8/2010 de 29 enero, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª se afirma que:

“(…) solo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006; 19 de octubre 2007); todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los *topoi* (leyes) del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, y 7 de mayo de 2007)”».

Esta doctrina es aplicable al supuesto sobre el que se dictamina, puesto que no se ha demostrado la existencia de un diagnóstico tardío, ni tampoco que el diagnóstico inicial pudiera considerarse erróneo, especialmente teniendo en cuenta la evolución de la sintomatología del paciente, compatible desde el comienzo con una infección de las vías respiratorias, y a luz de las pruebas diagnósticas que se le practicaron inicialmente, adecuadas a la enfermedad, con especial atención a los

resultados de la radiografía torácica que se le realizó el día 17 de octubre de 2009, pues no se daban los síntomas específicos de gripe A.

9. Por todo ello, procede afirmar que no se ha demostrado la existencia de relación causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños padecidos por el interesado. En consecuencia, la Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación, es conforme a Derecho en virtud del razonamiento contenido en el presente Fundamento.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho, por lo que procede la desestimación de la reclamación presentada por (...).