



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 5 3 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 28 de mayo de 2018.

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 (...), en nombre y representación de (...), por el fallecimiento de su hijo (...), como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 252/2018 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 formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS), tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos 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 cuanto a los antecedentes de hecho, teniendo en cuenta la documentación incorporada al expediente, cabe señalar que son los siguientes:

El día 5 de junio de 2015 nació el hijo de (...) en el Hospital de Nuestra Sra. de la Candelaria (HUNSC), presentando rasgos dismórficos y, tras efectuársele una ecografía cardíaca se le diagnosticó transposición de grandes arterias, motivo por el que se le trasladó de inmediato al Hospital Universitario Materno-Infantil, ingresando en él ese mismo día.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

En dicho Hospital se le realizaron diversas pruebas diagnósticas, siendo valorado de forma multidisciplinar por varios servicios médicos, considerándose por los facultativos que el paciente padecía de Síndrome de Goldenhar con afectación cardíaca (transposición de grandes arterias), siendo su evolución complicada al presentar problemas respiratorios y de deglución, que requirieron del uso de sonda nasogástrica.

Posteriormente, se le dio el alta hospitalaria, pero tras 21 días en su domicilio volvió a ser ingresado en el HUNSC, en la Unidad de Medicina Intensiva Pediátrica, por dificultad respiratoria intensa, siendo necesario utilizar ventilación mecánica. Además, se le continuaron realizando pruebas y se determinó que también padecía una afectación tronco encefálica cerebral importante, malformación en el sistema nervioso y Displasia del Tegmento Pontino, la cual es una rara malformación neurológica relacionada con el síndrome que padece.

Es dado de alta en planta el día 19 de octubre de 2015, pero su evolución posterior fue tórpida, ya que sus patologías eran incompatibles con la vida, falleciendo el día 26 de noviembre de 2015.

4. El reclamante manifiesta que las patologías que presentaba el hijo de su representada no le fueron comunicadas a la misma con anterioridad al parto con lo que se le causaron graves perjuicios de diversa índole y también a su familia.

Además, se alega que la misma solicitó el traslado del menor al Hospital 12 de Octubre de Madrid, centro hospitalario de reconocido prestigio en el tratamiento de patologías como las que sufría el paciente, pero el SCS se negó en todo momento.

Por todo ello se reclama una indemnización total de 600.000 euros.

5. Son de aplicación, entre otras normas, 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 (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al haberse iniciado el procedimiento antes de la entrada en vigor de esta última Ley.

II

1. El procedimiento comenzó con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, que tuvo lugar el día 8 de enero de 2015.

El día 16 de febrero de 2016 se dictó la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

2. El procedimiento cuenta el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) de la Secretaría General del SCS, el informe del Servicio de Pediatría y el del Servicio de Ginecología del HUNSC.

Además, se procedió a la apertura del periodo probatorio, admitiéndose las pruebas testificales propuestas y requiriéndose al reclamante en el acuerdo probatorio que presentara en plazo la lista de preguntas para los testigos que propuso; sin embargo, no las presentó, motivo justificado por el que no se practicó dichas pruebas. Tampoco aportó la prueba pericial que había anunciado y que fue admitida.

Asimismo, consta el trámite de vista y audiencia otorgado a la reclamante, que presentó escrito de alegaciones ya referido.

3. Posteriormente, el 23 de octubre de 2017 se emitió una primera Propuesta de Resolución y, tras el informe de la Asesoría Jurídica Departamental, se emitió el día 4 de marzo de 2018 una segunda Propuesta de Resolución, formulándose el día 10 de mayo de 2018 la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio varios años atrás, sin justificación para ello. No obstante, esta demora no obsta para resolver expresamente, existiendo deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los legales o económicos que pudiera comportar de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 42.1 y 7; 43.1 y 4; 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC.

4. Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. LPACAP).

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, ya que se sostiene por parte del órgano instructor que se ha constatado que la asistencia

médica prestada se ajustó a la *lex artis* sin que se observara anormalidad alguna en la asistencia médica prestada durante la gestación y con posterioridad al nacimiento del paciente, razón por la que se afirma que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La Administración alega sobre la falta de diagnóstico del hijo de la interesada, que no se le pudo informar de la presencia de las mismas durante la gestación, puesto que por sus propias características las patologías de su hijo eran muy difíciles de percibir mediante ecografía, como así se le informó a través de la documentación correspondiente al consentimiento informado, siendo diagnosticadas en la mayoría de los casos a través del examen físico postnatal.

En lo que se refiere a la denegación del traslado del paciente al Hospital 12 de Octubre de Madrid, la misma se basó en una decisión médica, pues se consideraba que los tratamientos agresivos que solicitaban los padres del paciente no mejorarían el pronóstico y la calidad de vida del mismo.

2. En la reclamación presentada por el representante de la interesada se expone de forma somera los dos motivos en los que se fundamenta su reclamación, sin que a lo largo del procedimiento aporte prueba alguna en la que basar sus alegaciones acerca del mal funcionamiento del Servicio, manifestaciones las suyas que evidentemente carecen de todo apoyo objetivo, como tampoco aporta ninguna opinión médica al respecto que desvirtúe las emitidas por el SCS mediante los distintos informes incorporados al procedimiento.

Sin embargo, para despejar toda duda es preciso analizar los dos motivos en los que se basa su reclamación.

3. En lo que se refiere a la falta de diagnóstico, en primer lugar cabe señalar que no se ha aportado prueba alguna que permita considerar que ha habido falta de diagnóstico en el momento posterior al parto y que este haya sido inadecuado.

En relación con el diagnóstico de las patologías del paciente durante su gestación, en el informe del Servicio de Ginecología del HUNSC se afirma, primeramente, acerca de la diagnosis del Síndrome de Goldenhar que sufría el menor que: «El diagnóstico de este síndrome sólo puede establecerse mediante examen clínico, no existiendo ningún test genético, bioquímico o de cualquier otra índole que permita el diagnóstico prenatal o postnatalmente».

Además, en lo que se refiere a las patologías cardíacas concluye la doctora informante manifestando que: «La sensibilidad de la ecografía para la detección de la

cardiopatía congénita intraútero es muy baja (38,6%). De 100 casos solo se diagnosticaría la mitad.

Estas bajas tasas de detección eran conocidas por la paciente puesto que leyó y firmó el consentimiento informado previo a la realización de la ecografía de diagnóstico prenatal. En este consentimiento constan estas bajas tasas de detección (Documento adjunto a este informe)».

Asimismo, en dicho documento firmado por la interesada consta que:

«La ecografía solo puede informar de la existencia de posibles anomalías morfológicas y no de defectos de otra naturaleza [bioquímicos, metabólicos, genéticos, cromosómicos, etc (...)]. Por tanto, el resultado normal de mi estudio ecográfico no garantiza que el niño nacerá sin algún tipo de alteraciones o retraso mental.

Si bien la ecografía permite detectar anomalías morfológicas fetales, la precisión de la técnica depende de la edad gestacional (más fiable alrededor de las 20 semanas), el tipo de anomalías (algunas tienen poco o nula expresividad ecográfica), de las condiciones de la gestante (obesidad, oligohidramnios), que pueden dificultar la exploración y de la propia posición fetal. La sensibilidad media del diagnóstico ecográfico es del 56%, con un rango establecido entre el 18% y el 85%».

4. Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, se ha de señalar que la interesada no ha presentado ningún elemento probatorio que permita considerar que la ecografía que se le hizo el 20 de enero de 2015, entre las 20 y 22 semanas de gestación, se efectuara de forma incorrecta y contraria la *lex artis*; pero sí se prueba de contrario por la Administración que los propios límites de toda ecografía, unidos a las propias características de la patologías del paciente, especialmente el Síndrome de Goldenhar de causas multifactorial compleja en el que intervienen factores ambientales, cromosómicos, genéticos múltiples y factores desconocidos para la Ciencia médica (informe del SIP, página 54 del expediente), hicieron extremadamente difícil percatarse de las patologías que padecía el menor.

Por último, es necesario precisar, por un lado, que según el Servicio de Ginecología del HUNSC las ecografías en patologías como las del menor sólo pueden generar la sospecha de su existencia en pocos casos (página 69 del expediente), que luego deben ser confirmadas tras el nacimiento; por otro lado, dicho Servicio informa, en contra de lo alegado por el reclamante, que es incierto que el menor solo tuviera un ventrículo cardíaco, que el menor tenía dos ventrículos cardíacos con una comunicación entre ambos a nivel del tabique interventricular (página 70 del expediente).

Por tanto, se ha demostrado que la ecografía se le realizó correctamente y que no se pudo evidenciar las patologías del paciente por razones médicas debidamente justificadas, sin que se pueda afirmar que la actuación del SCS ha sido contraria a la *lex artis*.

5. En lo que se refiere a la solicitud de traslado denegada, en el informe del Servicio de Pediatría del HUNSC (página 83 del expediente) se afirma que:

«Ante la dicotomía existente entre los familiares y el equipo médico, y dada la insistencia familiar en proseguir tratamientos agresivos para el paciente que no mejorarían el pronóstico ni la calidad de vida del mismo, se presenta el caso ante el Comité de Ética Hospitalaria, concluyéndose en dar soporte necesario para mantener el confort y la mejor calidad de vida del niño, evitando medidas que supusieran una prolongación fútil de su vida», lo que evidencia que tal denegación se basó en un motivo médico debidamente justificado, sin que la interesada haya demostrado que tal decisión fuera errónea o, al menos, hubiera procedido adoptar una medida distinta.

Al respecto es necesario tener en cuenta que en el art. 6.1.I) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC) se dispone que los ciudadanos tienen derecho a:

«A elegir entre los servicios y centros que forman parte del Servicio Canario de la Salud o, en su caso, de la Red Hospitalaria de Utilización Pública, de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo».

Y en el art. 7.1.c) LOSC, a la hora de desarrollar el derecho a la libre elección de médico, establecimiento o centro sanitario se establece:

«c) A la elección, previa libre indicación facultativa, de centro o establecimiento sanitario, de entre las posibilidades que existan. No obstante, la efectividad de este derecho estará en función de los siguientes principios:

1º) optimización de los recursos públicos;

2º) disponibilidades en cada momento de los medios y recursos del Sistema Canario de la Salud;

3º) ordenación eficiente y eficaz de los recursos sanitarios;

4º) garantía de la calidad asistencial».

En este mismo sentido, se dispone en el art. 2.4 del 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 que:

«4. Los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la cartera de servicios comunes reconocida en este real decreto, siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan. Los servicios de salud que no puedan ofrecer alguna de las técnicas, tecnologías o procedimientos contemplados en esta cartera en su ámbito geográfico establecerán los mecanismos necesarios de canalización y remisión de los usuarios que lo precisen al centro o servicio donde les pueda ser facilitado, en coordinación con el servicio de salud que lo proporcione».

Además, en la Orden de 28 de febrero de 2005, de la Consejería de Sanidad, por la que se aprueba la Carta de los Derechos y de los Deberes de los Pacientes y Usuarios Sanitarios y se regula su difusión, en su punto 14 se reproduce el art. 7.1.c) y, finalmente, en la Instrucción núm. 1/09, del Director del SCS, por la que se regula el procedimiento para la derivación de pacientes del SCS, a centros fuera del ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como su adaptación al sistema de información del fondo de cohesión, se establece en su instrucción segunda, relativa a las condiciones precisas para llevar a cabo la derivación solicitada que:

«2.1 La derivación de pacientes se llevará a cabo en aquellos casos en que sea necesaria una atención sanitaria diagnóstica y/o terapéutica que no se pueda prestar en los Centros Hospitalarios del Servicio Canario de la Salud.

2.2 El criterio de indicación del traslado, se ajustará a razones de índole exclusivamente sanitaria, no admitiéndose como causas del traslado, situaciones como: haber sido tratado en otro centro (salvo los casos de revisiones consecuencia de derivaciones previas), motivos familiares o de residencia, etc (...)».

Además, en la instrucción quinta de la misma, al regular el procedimiento se establece que para proceder a la derivación se requiere la propuesta motivada y por escrito del facultativo especialista con el visto bueno del Jefe de Servicio y el Director Médico del Centro, siendo preceptivo únicamente el refrendo de este último o de la persona en quien delegue.

6. En conclusión, para llevar a cabo el traslado requerido por la interesada, era preciso la propuesta favorable y motivada de quien ostentara la Jefatura del Servicio de Pediatría, basada únicamente en razones médicas, para llevarse a cabo en el Hospital 12 de Octubre de Madrid una atención sanitaria diagnóstica y/o terapéutica que no se pudiera prestar en los Centros Hospitalarios del Servicio Canario de la Salud.

Sin embargo, la interesada no ha demostrado que las razones médicas por las que se denegó el traslado fueran incorrectas o injustificadas desde un punto de vista clínico y sanitario, ni que el SCS careciera de los medios materiales y humanos precisos para tratar adecuadamente las dolencias de su hijo.

7. En el Dictamen de este Consejo Consultivo 50/2016, de 18 de febrero, se señala que «Este Consejo Consultivo sigue la reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario, que utiliza el criterio de la *lex artis* como delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, no de resultados, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente».

Además, en el reciente Dictamen 222/2018, de 17 de mayo, se ha manifestado una vez más que 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, impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria.

Esta doctrina resulta ser de aplicación al presente supuesto, en la que la interesada no ha probado que el personal sanitario del SCS haya actuado de forma contraria a la *lex artis* en ningún momento de todo el proceso médico.

Por ello, no concurre relación de causalidad entre el adecuado funcionamiento del Servicio y el daño reclamado por la interesada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación efectuada, es conforme a Derecho en virtud de las razones ya expuestas.