



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 3 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 7 de noviembre de 2019.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad el 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. 365/2019 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), como consecuencia de la presentación por (...) de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario. La solicitud de dictamen, de 2 de octubre de 2019, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el día 4 de octubre de 2019.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, toda vez que aunque no se cuantifica la indemnización por parte de la reclamante, de los perjuicios alegados se entiende que, de proceder, la misma sería superior a 6.000 euros, cuantía que determina la preceptividad del Dictamen, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Está legitimada para solicitarla la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud.

4. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y además, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; 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 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

5. Se cumple el requisito de legitimación activa de la interesada, pues los daños sufridos por el presunto funcionamiento del servicio público sanitario se entienden irrogados en su persona (art. 4 LPACAP).

La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad, ya que la acción se ha ejercitado por la interesada en el plazo legalmente previsto en el art. 67 LPACAP.

II

1. La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del SCS, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada. Concretamente, alega en su escrito de reclamación:

«El día 8 de enero de 2017 acudo a urgencias con dolor en el coxis y me pinchan en la nalga derecha algún medicamento (no se cual porque mi médico de cabecera asignado me ha dicho que no aparece en expediente).

El lunes 10 de enero de 2017 acudo a urgencias en el hospital con 39.5 de fiebre y una gran mancha roja en la nalga donde me pincharon, me diagnostican una infección y que voy a desarrollar un absceso. Me recetan antibióticos.

Visito el médico 3 veces por urgencias (no había hora en una semana) y me recetan diferentes antibióticos durante 3 semanas aproximadamente.

El absceso crece mucho y se desarrolla a nivel 10 cm de radio, con mucha profundidad y protuberancia, ya tengo un médico como desplazada en Centro de Salud San Roque.

Me dicen que debo esperar a que madure, pero no puedo soportar el dolor y acudo a urgencias del Hospital Insular el día 21 de enero del 2017. Me practican una intervención quirúrgica drenando el absceso e informándome de que era complejo y uno de los peores que había visto el cirujano en su vida. Tras la intervención queda un agujero de unos 9 cm de radio por 3 o 4 cm de profundidad.

A partir de aquí comienzan las curas diarias, en las que han transcurrido casi dos meses y se prevé más tiempo.

El día 28 de enero del 2017, acudo a urgencias para hacerme las curas que no me podían hacer en mi centro y el centro de Canalejas y el de Guanarteme se niega a hacérmelas porque eran las 2.10 h y las curas eran hasta las 2h. ningún médico o enfermero quiere verme para valorar el problema; siendo la primera semana, decido pagar en un centro privado para hacer las curas».

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

- Por Resolución de 11 de abril de 2017, del Secretario General del SCS, se admite a trámite la reclamación de la interesada.

- El 11 de abril de 2017 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), que se emite el 7 de noviembre de 2018, tras haber recabado la documentación médica oportuna, entre esta, el informe del Jefe de Sección de Urgencias del HUIGC.

- A efectos de dictar acuerdo probatorio, se confiere a la interesada plazo para aportación de las pruebas que estime oportunas, de lo que recibe notificación el 10 de diciembre de 2018.

- El 12 de febrero de 2019 se notifica a la interesada el preceptivo trámite de vista y audiencia del expediente. No consta la presentación de alegaciones.

- El 19 de agosto de 2019 se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de la interesada, constando en igual sentido borrador de Resolución del Director del SCS, sin fecha, lo que es informado favorablemente por el Servicio jurídico el 24 de septiembre de 2019, por lo que el 27 de septiembre de 2019 se dicta Propuesta de Resolución definitiva que se remite a este Consejo para la emisión del preceptivo dictamen.

3. En cuanto a la tramitación del procedimiento, no se han producido irregularidades que obsten la emisión de un dictamen de fondo.

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

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos exigibles para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En concreto, al no quedar demostrada la deficiente asistencia sanitaria alegada por la reclamante.

2. La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTS -3ª- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

«A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso, “en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”-;

B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que:

“El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño (hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...”). Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo”.

C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, desde la sentencia de 27 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9460) (recurso de apelación núm. 7269/1992), que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la

existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia. El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 18 de octubre de 2001 la define la *lex artis* como “la técnica, el procedimiento o el saber de una profesión). Este es un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico, que toma en consideración tanto las técnicas habituales, la complejidad y las trascendencia vital de la enfermedad, o la patología así como factores exógenos o endógenos propios de la enfermedad.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor. A este efecto, es doctrina jurisprudencial constante la recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1999, la que establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: “falta de servicio que se ignora”); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”.

b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: “Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”. En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (apelación 1075/1992).Y

E) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad».

En relación con la carga de la prueba, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

De otro lado, el criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial en los supuestos de prestación de asistencia sanitaria es el de la *lex artis* y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiéndose como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física. En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la *lex artis*, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la, preparación. y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la *lex artis* se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *lex artis*. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la

evolución natural de la enfermedad. Este límite nos lo proporciona el criterio de la *lex artis*, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico) mientras que en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la *lex artis* se define como *ad hoc*, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso.

La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece «El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, «cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cual 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».

Ha de tenerse en cuenta que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

3. En atención a los antecedentes de hecho expuestos por el SIP en su informe cabrían destacar los siguientes:

«(...) El día 09-01-2017, la paciente acudió también al Servicio de Urgencias del Hospital Insular (CHUIMI) por inicio de fiebre. A la exploración física se detectó una lesión roja en la región glútea izquierda (nalga), donde recientemente -según la paciente-, le habrían puesto una inyección intramuscular. La lesión era eritematosa, de temperatura aumentada, no fluctuante. Se diagnostica: Absceso de glúteo izquierdo, sin criterio de drenaje en ese tiempo

exploratorio, pues debía madurar; ello quiere decir: mutar a la fase abscesificada. Se pautan antibióticos y control/seguimiento por su Médico de Atención Primaria.

Según el escrito de reclamación la paciente, entre el día 9 y el 21 de enero, acudiría hasta tres veces al Servicio de Urgencias del Hospital Insular. Sin embargo, la exploración física resultaría aún infructuosa para el drenaje del absceso.

4.- El día 21-01-2017, la exploración física indica que el absceso reviste criterio de cirugía y se avisa al Médico Cirujano de Guardia quien realizó el procedimiento de apertura y drenaje del absceso. Se pautó antibiótico y se cursó Alta a domicilio. Se indicó seguimiento y control con la recomendación de curas diarias en su Centro de Salud (...).

Asimismo, el SIP nos explica que «antes de llegar a la fase abscesificada, las lesiones inflamatorias infectadas localizadas suelen pasar por una fase flemonosa. Para acelerar la formación de pus (abscesificar-madurar), puede ser útil el empleo de calor local, y realizar el drenaje cuando la fluctuación sea evidente»; y añade el SIP en su informe que «dependiendo de cada persona, la lesión inflamatoria glútea puede estar en fase flemonosa de 3 a 5 días de media, y de 5 a 10 días de media hasta llegar a la fase abscesificada fluctuante, que será el criterio para realizar el procedimiento quirúrgico de incisión y drenaje del absceso».

4. De acuerdo con las pruebas médicas acreditadas por el SCS, consideramos que la asistencia médica recibida por la afectada fue correcta, sin que esta haya probado lo contrario, pues de la documentación médica obrante en el expediente se desprende que la paciente fue asistida en función de la sintomatología que refería en cada momento, siendo ajustada a la clínica que presentaba: Inflamación-Infección en región glútea izquierda en fase flemonosa. El SIP nos informa, de acuerdo con el informe del Jefe de Sección de Urgencias HUIGC, que la enfermedad padecida por la reclamante consistió en un proceso clínico que no precisaba de pruebas complementarias para su diagnóstico y tratamiento más allá de la exploración clínica y la toma de constantes vitales.

Además tampoco consta que el absceso que padecía la reclamante fuera causado por una inyección intramuscular dispensada en el Centro de Salud de Canalejas el día 7 de enero de 2017, puesto que si bien es cierto que ese día la reclamante acudió al referido Centro de Salud, no consta, sin embargo en el parte médico que se le suministrara ningún tipo de medicación mediante una inyección intramuscular y sin que por parte de la interesada se haya practicado prueba alguna en este sentido.

5. Por lo demás, durante el periodo probatorio la interesada no aportó al expediente ni propuso la práctica de prueba alguna que demostrare el deficiente funcionamiento del servicio sanitario alegado. Tampoco presentó escrito de

alegaciones en contra de los documentos médicos recabados por la instrucción del procedimiento, tras haber sido notificada del preceptivo trámite de audiencia.

En relación con la carga probatoria cabría traer a colación la Sentencia núm. 84/2000 de 9 febrero. AC 2000\1373, de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª), que entre otras indica:

«En la actuación del personal sanitario no se produce la denominada responsabilidad por riesgo cuya consecuencia más inmediata es la inversión de la carga de la prueba, y ello porque no concurren en estos casos el fundamento de aquélla, cual es la responsabilidad cuasi objetiva como contrapartida del beneficio que se obtiene de la actividad desplegada. Así, la STS de 8 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7540), señala que es imprescindible demostrar como hecho probado la imputabilidad de una acción positiva u omisiva con perfiles culpabilísticos. En la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, debiendo el paciente acreditar el nexo causal y la culpa (doctrina ya consolidada en Sentencias de 7 de junio de 1988 [RJ 1988, 4825], 7 [RJ 1990, 668] y 12 de febrero de 1990 [RJ 1990, 677]). En parecido sentido la STS de 13 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7547) que establece que el personal sanitario tiene como obligación no la de obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia (STS 2 de febrero de 1993 [RJ 1993, 793])».

6. Con todo, ha resultado acreditado que el SCS actuó en todo instante, conforme a la mejor práctica, a tenor de la evidencia médica actual, no siendo factible exigir de aquél una acción que supere la mejor *praxis* sanitaria existente, siendo ésta el resultado de aplicar conocimientos científicos actualizados.

Por las razones expuestas, no concurriendo los elementos requeridos para la determinación de responsabilidad patrimonial de la Administración, procede desestimar la reclamación formulada por la interesada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho, debiendo desestimarse la reclamación interpuesta.