



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 140/2020

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de mayo de 2020.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 126/2020 IDS)**.

FUNDAMENTOS

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. En este asunto, se considera que, de estimarse la reclamación por los daños alegados, la cuantía debería exceder de 6.000 euros, por lo que la solicitud de 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.

3. A la tramitación del procedimiento en que se aprobó el presente Dictamen le resultó de aplicación el RD 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mencionado RD se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo. No obstante, mediante Resolución de la Presidencia 20/2020, de 19 de mayo, se acordó el levantamiento de la suspensión tras la publicación en el BOC de la Resolución de 23 de abril, del Presidente del Consejo de Dirección del Servicio Canario de la Salud, por la que se

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

acuerda la continuación de la tramitación de procedimientos administrativos, considerados indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud.

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

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

5. 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) porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

También son aplicables 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**.

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, la interesada en su escrito de reclamación manifiesta lo siguiente:

- En la madrugada del día 13 de agosto de 2018 acudió al Servicio de Urgencias del **Centro** de Salud de Tejina por un fuerte dolor en la parte baja del estómago, diarrea y malestar general, siendo diagnosticada por el médico de guardia de un posible cólico nefrítico, procediendo el doctor en ese mismo momento a inyectarle con tres jeringuillas distintas, pero con una misma aguja y sin usar guantes, Nolotil, Urbasón y Voltarén, prescribiéndole diversos medicamentos. Tras dicho tratamiento, la interesada sintió de forma inmediata mejoría y regresó a su **domicilio**.

El día 16 de agosto de 2018 se despertó con 39º de fiebre y con un fuerte dolor en glúteo derecho, donde se le había inyectado los medicamentos referidos, por ese motivo acudió al día siguiente a su médico de cabecera, perteneciente al SCS, **quien**,

después de explorarla, le diagnosticó un absceso en el glúteo derecho y le prescribió antibióticos, calmantes para el dolor y omeprazol.

- El día 23 de agosto de 2018, después de varios días en los que continuó con su padecimiento sin observar mejoría alguna, volvió con su médico de cabecera, **quien** la remitió al cirujano; pero como los dolores se fueron haciendo cada vez mayores, el día 28 de agosto de 2018 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Canarias (HUC), en el que se le dio cita con el cirujano para el día 30 de agosto de 2018.

En esa fecha el especialista que la trató consideró necesario realizarle una ecografía del glúteo derecho, la **cual**, pese a solicitarse de forma urgente, se programó para enero de 2019, motivo por el que la interesada, que continuaba empeorando de su dolencia, decidió acudir al ámbito de la medicina privada y realizarse en un **Centro** hospitalario privado dicha ecografía, lo **cual** tuvo lugar el 5 de septiembre de 2018.

- Ese mismo día, ante los resultados de la ecografía, fue remitida al Servicio de Urgencias del HUC y el día 6 de septiembre de 2018, a las 20:00 horas, fue intervenida quirúrgicamente del referido absceso y se le dio el alta hospitalaria el día 10 de septiembre de 2018 y, además, se le prescribió la realización de curas y tratamiento antibiótico y analgésico.

- El día 17 de septiembre de 2018 visitó al cirujano que la intervino, el **cual** le quitó el drenaje de su herida quirúrgica, se le colocó un nuevo vendaje en enfermería, y le prescribió curas en días alternos, además de un tratamiento para los problemas estomacales que le generó la medicación antibiótica con la que se le había tratado previamente.

El día 14 de mayo de 2019, después de que su herida quirúrgica hubiera cicatrizado perfectamente, acudió a su médico de cabecera ya que seguía presentando fuerte dolores en la zona lumbar, que, a su juicio, se deben a la patología sufrida en su glúteo derecho.

2. La interesada reclama la correspondiente indemnización, pues considera que el absceso que padeció fue ocasionado por una negligencia médica cometida por el médico de urgencias que le atendió en el **Centro** de Salud de Tejina el día 13 de agosto de 2018, la **cual** le inyectó diversos medicamentos sin adoptar la medidas de higiene necesarias, como el uso de distintas agujas distintas para cada medicamento

que le inyectó y también de guantes esterilizados. Además, también reclama por los gastos que se vio obligada a realizar al no hacerle el SCS la necesaria ecografía con la urgencia e inmediatez que su dolencia requería.

III

1. El procedimiento comenzó el día 28 de mayo de 2019, a través de la presentación de la reclamación efectuada por el interesado, acompañada de diversa documentación.

2. El día 18 de junio de 2019, se dictó la Resolución núm. 1.497/2019 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada por los interesados.

3. El presente procedimiento cuenta con el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS (SIP), con los informes de los Servicios de Urgencias y Cirugía General y Digestiva del HUC, además del informe del médico actuante el día 13 de agosto de 2018.

Además, se acordó la apertura de la fase probatoria, sin que se solicitara la práctica de prueba alguna, y se le otorgó el trámite de vista y audiencia, presentado escrito de alegaciones.

Por último, el día 11 de marzo de 2020 se dictó la Propuesta de Resolución definitiva, habiendo vencido el plazo resolutorio, lo que no obsta para resolver expresamente al existir deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los económicos que pudiera comportar (art. 21 LPACAP).

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

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, por considerar el órgano instructor que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del SCS.

La Administración sanitaria afirma que no ha resultado acreditado que la actuación médica efectuada el día 13 de agosto de 2018, relativa a la administración de diversas inyecciones, **haya** sido la causante del daño padecido por la interesada,

pero que aún cuando ello fuera así dicha actuación se efectuó conforme a la *lex artis*.

2. En primer lugar, en lo que se refiere a la actuación médica que la interesada considera negligente, el doctor que la realizó [Dr. (...)] explica en su informe lo siguiente:

«Para las inyecciones intramusculares no está descrito que se tengan que utilizar guantes me imagino que se refiere a guantes estériles porque los guantes de exploración, (no están estériles) lo único que protegen es al facultativo de no ser infectado por el paciente de sus secreciones creando una barrera protectora.

Por lo tanto, los guantes estériles no están indicados de ninguna forma en pacientes, salvo que tengan alguna patología de inmunosupresión (imagínese el gastro sanitario que llevaría utilizar guantes estériles en cualquier inyección intramuscular como si fuera una intervención quirúrgica). Lo que si deben estar estériles son los materiales usados para el procedimiento, como la aguja, jeringuilla, medicamento y desinfección del área donde se va realizar la introducción del medicamento, con un antiséptico local, como se realizó en mi actuación. La introducción del medicamento fue con la misma aguja aspirando de vez en cuando para evitar si se había pinchado algún vaso, los medicamentos fueron inyectados en diferentes planos. Para evitar la introducción de otra aguja y por lo tanto exponer al paciente a otro material extraño y evitar con ello mayor vulnerabilidad hacia la infección.

(...) Que el absceso glúteo es la complicación más frecuente en las inyecciones intramusculares y aunque se haga el protocolo correcto puede aparecer dicha infección por factores como, disminución de las defensas, o porqué existen gérmenes en la piel que con el pinchazo pasan al tejido subcutáneo.

(...) Que la aplicación del tratamiento fue en el área correcta y el indicado, que la vía intramuscular es más rápida que la vía oral, que la paciente después de mi actuación mejoro rápidamente y no volvió a padecer de la patología por la que acudió a urgencias».

A su vez, en el informe del SIP se explica que «4.- La piel glútea -como el resto de la piel de nuestra economía, es una barrera (barrera cutánea) que nos aísla, en cierto modo, de la flora cutánea autóctona saprófita y de los gérmenes externos.

5.- Indicar que pese a los antisépticos tópicos previos utilizados para aseptizar la zona, no se logra una esterilización absoluta (piel sin microbios). Ante cualquier agresión a la piel -pequeñas lesiones en piel, soluciones de continuidad, cortes, erosiones, pinchazos, inoculaciones, tatuajes, heridas o una irritación local, picadura de un insecto o quemadura, contacto con zonas que contengan gérmenes (tapas del inodoro, arena de la playa)- puede involucrar a los folículos pilosos, las glándulas sudoríparas o sebáceas, pudiendo surgir infecciones por rotura de la barrera cutánea tales como: foliculitis, forunculosis, celulitis o

abscesos. Insistimos que aún con una buena técnica inyectable/praxis correcta, se infiere que los abscesos glúteos pueden sobrevenir -además de por inyecciones intramusculares- por otras causas.

6.- Por todo ello consideramos que la aparición del absceso guardaría relación con la existencia de flora en la piel, la imposibilidad de esterilizar la misma al cien por cien y la técnica inyectable (inoculación) que requiere romper, indefectiblemente, esa barrera cutánea».

Además, se concluye afirmando acerca de tal actuación médica que «Resulta obvio, que en un Centro de Salud/Urgencias son muchas las inyecciones que se administran, siendo infrecuente la aparición de abscesos derivados de la inoculación de una inyección intramuscular.

Consideramos que se aplican eficazmente las normas protocolizadas para la administración correcta de una inyección intramuscular. No obstante puede surgir una complicación no imputable a mala práctica, sino a factores -que pese a ser conocidos-, no son controlables, al ciento por ciento, como: tejido adiposo excesivo o introducción de bacterias cutáneas -en hipótesis-, pese a la asepsia realizada».

De lo manifestado en estos informes se desprende, sin lugar a dudas, que la actuación médica cuestionada por la interesada se efectuó de acuerdo con la *lex artis*, sin que la misma haya aportado prueba alguna que permita considerar que dicha actuación fue negligente o que no se llevó a cabo en la forma que el médico actuante refiere en su informe pormenorizado.

3. En cuanto a la realización de la ecografía, que la interesada se realizó en el ámbito de la medicina privada de forma voluntaria, cuyo gasto reclama en concepto de indemnización, se señala en la Propuesta de Resolución, evidentemente, con base en el historial clínico de la interesada y en los informes médicos obrantes en el expediente, incluido el del médico actuante el día 13 de agosto de 2018, que «Respecto a la demora en realizar la ecografía: El Dr. (...) expone que esta prueba no presenta tanta importancia en este caso, pues el diagnóstico de un absceso en glúteo es sencillo por la historia clínica, la sintomatología y la exploración del área afectada.

De hecho, fue diagnosticado el día 17 de agosto de 2018 por su médico de cabecera, cuatro días después de la administración del medicamento y antes de solicitar la prueba. Se le pauta tratamiento con antibióticos para mitigar la infección».

Por lo tanto, está demostrado que, desde un punto de vista médico, la ecografía no era un prueba necesaria para detectar a tiempo un tipo de patología tan evidente como un absceso, el **cuál** como afirman los doctores se puede diagnosticar mediante exploración física, como así se hizo antes incluso de efectuar la ecografía, es decir, varios días antes de hacerse dicha prueba diagnóstica ya estaba diagnosticada y tratada convenientemente de tal absceso.

4. Este Consejo Consultivo ha manifestado en relación con la reclamación de gastos generados por acudir los interesados a la medicina privada, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por ejemplo, se hace en el Dictamen 82/2017, de 15 de marzo, lo siguiente:

«Este Consejo Consultivo ha señalado, al respecto de la reclamación de la indemnización correspondiente a los gastos médicos asumidos de forma voluntaria en el ámbito de la medicina privada, en el reciente Dictamen 36/2017, de 1 de febrero, que:

“En cuanto a la solicitud referida al Servicio Canario de la Salud para que soporte el costo de la intervención a efectuar por la **Dra.** (...), de **París**, de acuerdo con los principios generales del Sistema de la Salud, así como lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), la sanidad pública tiene la obligación de atender sanitariamente a los ciudadanos pero no de abonar a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en Ley General de Sanidad, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

El desarrollo reglamentario de este precepto de la LGS lo representa actualmente el art. 4.3 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 dispone:

“La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de **esta** excepción”.

Reiterada jurisprudencia en relación con estos preceptos o con sus antecedentes legales ha insistido en que la prestación sanitaria exigible en el ámbito de la sanidad pública responde a los siguientes ejes fundamentales: que la citada prestación ha de otorgarse con

los medios disponibles del Sistema Nacional de Salud; que la asistencia sanitaria ha de llevarse a cabo en términos de eficacia e igualdad, pero también en términos que permitan la estabilidad financiera del sistema, lo cual precipita en todo caso que la asistencia debida por el servicio público de salud se encuentra sometida a limitaciones; que no existe un derecho de opción de los beneficiarios del sistema público de salud para recabar asistencia sanitaria fuera del ámbito de ese sistema, ya que el recurso a la sanidad privada es excepcional por imperativo legal, ha de justificarse en cada caso y ha de hacerse ello con especial rigor, habida cuenta la calidad cierta de los recursos económicos y dotacionales del sistema público y la cualificación técnica y humana del personal al servicio del mismo; que, en razón de lo anterior, el servicio público de salud no puede arrostrar los gastos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a ese servicio, excepción hecha de los casos reglamentariamente establecidos; que, en atención a las previsiones reglamentarias vigentes, el recurso a la asistencia sanitaria privada que es susceptible de ser económicamente asumido por el sistema público de salud es exclusivamente el recurso debido a una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, siempre que conste que no se pudieron utilizar los servicios sanitarios públicos y que se acudió a la prestación sanitaria privada de forma no abusiva ni desviada; y que una interpretación extensiva de la responsabilidad del sistema sanitario público por gastos generados como consecuencia de asistencia prestada en el ámbito privado, es interpretación que bien puede abrir la inaceptable espita discriminatoria consistente en incrementar las posibilidades de recepción de asistencia sanitaria en favor de quienes dispongan de recursos económicos para acudir a la asistencia privada, iniciando a renglón seguido el procedimiento para intentar obtener la restitución del desembolso efectuado, posibilidad que en ningún caso existiría para el mayoritario colectivo que carece de los recursos necesarios a tal fin"», doctrina aplicable a este caso.

Pues bien, atendidas las circunstancias de este caso, anteriormente señaladas, y aplicando esta doctrina, procede afirmar que en este supuesto no concurren las circunstancias excepcionales contempladas en la normativa de aplicación que impliquen que el SCS deba asumir los gastos derivados de la ecografía que la interesada decidió realizarse voluntariamente en una Clínica privada.

5. En lo que se refiere a los efectos derivados de los tratamientos antibióticos (diarrea), que fue preciso administrarle a la interesada para hacer frente a su dolencia, en el informe del médico de cabecera actuante se señala que «*Tampoco entiendo por qué se le retire el antibiótico por el especialista en cirugía, ya que el tratamiento recetado por su médico de cabecera era el correcto. Las diarreas son normales si se mantiene el tratamiento con antibióticos durante largo tiempo porque destruyen la flora intestinal, pero en este caso estaba indicado*», demostrándose con todo ello que esta dolencia no es más que el efecto secundario propio de la medicación que era necesaria emplear para tratar su infección, como la

lex artis exige, y que además, fue tratada por los doctores adecuadamente como se deduce incluso del escrito de reclamación de la propia interesada, sin que tal sintomatología tuviera mayor trascendencia médica.

6. Por último, en cuanto al dolor lumbar, en la Propuesta de Resolución, con base en la historia **clínica** de la interesada, se afirma que «Un año después, con fecha 24 de junio de 2019, se solicita interconsulta con Reumatología por presentar dolor lumbar mecánico de un año de evolución que se le irradia como hormigueo a ambas piernas. Tras la realización de un TAC, Reumatología manifiesta sospecha **clínica** razonable de hernia discal lumbar con criterios quirúrgicos», sin que la interesada **haya** presentado prueba alguna que permita considerar que el absceso que sufrió en su glúteo derecho guarda relación alguna con un patología de la columna vertebral como es un hernia discal.

Al respecto, en el Dictamen 455/2019, de 5 de diciembre, se afirma que:

«3. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, en relación con la obligación de medios que le corresponde a la Administración sanitaria y el criterio de la *lex artis* como delimitador de los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre, 69/2019, de 28 de febrero, 341/2019, de 3 de octubre y 442/2019, de 28 de noviembre), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada **más** que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, **(...)**

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la

existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

4. También hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 87/2019, de 13 de marzo), que según el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -norma no aplicable al presente caso, pero similar al art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. Conforme dispone el art. 77.1 LPACAP en concordancia con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), 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 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 **aquella** toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)», doctrina que resulta aplicable al presente asunto en virtud de lo afirmado anteriormente.

7. Por lo tanto, procede afirmar que no se ha demostrado la existencia de relación de causalidad entre el correcto funcionamiento del Servicio, que lo ha sido durante todo el proceso médico relatado, y los daños reclamados por la interesada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, objeto de este Dictamen, que desestima la reclamación, es conforme a Derecho en virtud de lo razonado en el Fundamento IV.

Éste es nuestro Dictamen (DCC 140/2020, de 21 de mayo de 2020, recaído en el EXP. 126/2020 IDS), que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha indicados en el encabezado.