



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de julio de 2020.

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. 225/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado el 7 de junio de 2020 por oficio del Consejero de Sanidad (con entrada en el Consejo Consultivo el 10 de junio de 2020), es la propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial extracontractual, iniciado el 6 de marzo de 2018, por (...), solicitando una indemnización como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida del Servicio Canario de la Salud (SCS).

2. El interesado cuantifica la indemnización que solicita en 200.000 euros, lo que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Consejero de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 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).

También son de aplicación las Leyes 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; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), el cual reclama en su propio nombre, al haber sufrido presuntamente daños personales como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida del SCS [art 4.1.a) LPACAP]. Posteriormente se personan los hijos, como sucesores del padre fallecido.

En relación con la legitimación activa, resulta aplicable la doctrina contenida en los dictámenes de este Consejo Consultivo n.º 245/2015, de 6 de julio; 405/2015, de 6 de noviembre y 322/2019, de 10 de octubre, de los cuales resulta que la legitimación del reclamante se ejerce a título propio y la de los hijos del fallecido se ejerce, en este concreto caso, a título hereditario, ya que el reclamante fallecido ejerció en vida la acción de responsabilidad patrimonial que se integra a su muerte en su patrimonio.

En este sentido, la STS 28 diciembre 1998 y 3 diciembre 1999, razona que «En lo que a la primera cuestión refiere, la posibilidad de transmisión mortis causa de la acción para reclamar el daño moral, ha sido debatida y muy discutida, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. La jurisprudencia que de forma más habitual se ha pronunciado sobre esta cuestión es la procedente de la Sala Primera del Tribunal Supremo que estableció la regla de intransmisibilidad mortis causa de la pretensión para el resarcimiento de los daños morales, admitiendo como excepción los casos en los que el perjudicado hubiera ejercitado la acción, falleciendo en el transcurso del proceso judicial. En tal caso, cabía estimar la legitimación activa de los herederos para seguir adelante con la reclamación y percibir finalmente la indemnización».

En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta el Servicio Canario de la Salud, como titular del Servicio Público Sanitario.

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, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conforme a la 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, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos de este Servicio.

5. La reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone dentro del plazo de un año a que se refiere el art. 67 LPACAP, ya que la inyección de la que presuntamente deriva el daño se prescribió al reclamante el 17 de diciembre de 2017, habiendo interpuesto la reclamación de responsabilidad patrimonial el 6 de marzo de 2018.

II

1. La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por (...) se basa en el hecho de que el día 17 de diciembre de 2017 acude al Centro de Salud de Guanarteme por una cistitis, procediendo a inyectarle con una aguja muy grande buscapina y nolotil, dejándole una marca y pinchándole la vena. A consecuencia de la inyección, se ha quedado inútil, sin fuerza en el pie derecho y con un dolor inmenso en las venas, por lo que solicita una indemnización de 200.000 euros.

2. Las principales actuaciones del procedimiento de responsabilidad patrimonial son las siguientes:

- Con fecha 6 de marzo de 2020 se interpone reclamación de responsabilidad patrimonial por el interesado.

- Con fecha 13 de marzo de 2018, se requiere al reclamante a fin de que mejore la reclamación formulada proponiendo prueba. No obstante, transcurrido el plazo señalado al efecto, no consta la presentación de documentación alguna.

- Con fecha 2 de abril de 2018, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta.

- Con fecha 30 de abril de 2019 se emite por el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), informe médico.

- Con fecha 13 de junio de 2019, teniendo conocimiento del fallecimiento de (...), se remite escrito a sus herederos a fin de que puedan personarse en el procedimiento.

- Con fecha de registro de entrada de 27 de junio de 2019, los herederos del reclamante se personan en dicho procedimiento aportando, con fecha de 11 de noviembre de 2019, declaratoria de herederos ab intestato, a favor de (...) y (...).

- Con fecha 22 de noviembre de 2019, se requiere a los herederos a fin de que propongan prueba. No obstante, transcurrido el plazo señalado, no se propone prueba alguna.

- Con fecha 18 de diciembre de 2019 se procede a la apertura del periodo probatorio y al trámite de audiencia, confiriendo un plazo de 10 días a fin de formular alegaciones, aportar documentos y justificaciones que se estimen oportunas.

Transcurrido el plazo señalado al efecto, no consta la presentación de alegaciones.

- Con fecha 22 de mayo de 2020, se emite el preceptivo informe de la Asesoría Jurídica Departamental, considerando ajustada a derecho la propuesta de resolución.

- La propuesta de resolución de la Secretaria General del SCS, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se suscribe con fecha 27 de mayo de 2020.

3. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP), sin embargo, aún expirado éste, 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).

4. En la tramitación del procedimiento no se aprecia que se haya incurrido en deficiencias formales que, por producir indefensión a los interesados, impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, a la vista de la historia clínica del interesado, los informes recabados y el informe del SIP.

El reclamante alega mala praxis al ponerle una inyección, a la que atribuye su falta de fuerza en el pie derecho y su dolor en las venas.

En relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, 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».*

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, ello sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra [sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras].

2. En el ámbito de la asistencia sanitaria curativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, más sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».*

En este sentido este Consejo Consultivo ha señalado en el DCC 22/2019 que *«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar*

sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial 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, entendiendo 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 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».

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. Tal como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, a la vista de la historia clínica del interesado, los informes recabados y el informe del SIP, en el que se establecen las siguientes conclusiones:

«1.- Por la observación y análisis de los documentos obrantes en el expediente y emitidos por los Servicios Asistenciales del Servicio del Servicio Canario de la Salud que atendieron al paciente, debe inferirse que no se han vulnerado las buenas prácticas médicas, en el curso de la atención otorgada y, por lo tanto, la actuación dispensada, debe calificarse de: Correcta.

Observamos que se han seguido las pautas diagnósticas y terapéuticas establecidas en estos casos, no existiendo evidencia de que la asistencia prestada haya sido inadecuada a la lex artis.

2.- No queda resuelto por parte del señor reclamante, que la asistencia sanitaria dispensada fuera contraria a la lex artis, ni que se produjera quebranto de las reglas inherentes a la misma; y no se infiere, por ello, que hubiese mala praxis; antes bien, puede sostenerse que existen numerosos elementos de juicio en la historia clínica que acreditan una correcta asistencia y, por tanto, NO debe establecerse responsabilidad patrimonial ya que la existencia de ésta requiere de nexo causal -que entendemos no existe- entre la atención médica prestada y el resultado adverso; toda vez que para haber lugar a declarar la

responsabilidad en la Administración Sanitaria, es indispensable que ésta se demuestre y pruebe por quién la pretende.

3.- El servicio público actuó en todo instante, conforme a la mejor práctica, a tenor de la evidencia médica actual, no siendo factible exigir a aquél una acción que supere la mejor praxis sanitaria existente, siendo ésta el resultado de aplicar conocimientos científicos actualizados.

*4.- Por todo lo hasta ahora expuesto, el Servicio de Inspección Médica y Prestaciones, a la vista de la documentación recabada luego de analizada la reclamación y a la luz de los hechos advertidos, considera -por conclusión razonada- que no cabe estimar una actuación incorrecta de los Servicios Asistenciales de la Administración Sanitaria. La asistencia prestada se ajustó a la *lex artis ad hoc*, y, por tanto, carece de antijuridicidad; no hallando nexo de causalidad -necesario para la pretensión reclamada-, ni proceder anormal alguno en el decurso del proceso asistencial de: Dolor cadera derecha (no nalga).*

5.- Por consiguiente, no concurriendo los requisitos determinantes de responsabilidad, el Servicio de Inspección Médica estima de inexistente la Responsabilidad Patrimonial en la Administración Sanitaria».

Por su parte, la enfermera que atendió al reclamante señala que nunca se mezcla en la misma jeringuilla nolutil y otra medicación, ni se utiliza la misma aguja para administrar un medicamento intramuscular y un medicamento intravenoso. Se utilizó una aguja de tamaño estándar para la administración en zona glútea. La enfermera tiene experiencia suficiente con diez años de servicio sin incidencias. La inyección en el glúteo se realiza en el cuadrante superior externo para evitar lesionar el nervio ciático.

Con fecha de 19 de abril de 2018, el Médico de Familia del reclamante informa que, vio por primera vez al reclamante el 6 de abril de 2018 tras cambiarse éste de cupo. El motivo de la consulta fue por dolor en cadera, no nalga, que se agudiza con la deambulación que achaca a un inyectable que le pusieron en el mes de diciembre. Su anterior Médico de Familia tras explorarle le solicitó, con fecha de 15 de febrero de 2018, analítica y radiografías de tórax, ambas caderas y fémur derecho por sospecha de artrosis de cadera, debido al dolor articular, sin afectación del Nervio Ciático; cosa que sí habría ocurrido de sufrir la nalga derecha un daño por causa de una inyección.

Los resultados de las pruebas de imagen desvelaron una imagen lítica en fémur derecho, sospechando proceso tumoral que fue confirmado mediante TAC, en fecha de 23 de marzo de 2018. El tumor primario era pulmonar con adenopatías mediastínicas, lesiones líticas en 9.º arcos costales, escápula derecha y manubrio

esternal. Masa lítica petrocantérea derecha asociada a fractura patológica, masa de partes blandas y vena femoral; además de lesión lítica en cresta ilíaca izquierda con fractura patológica, siendo *exitus letalis* el día 21 de abril de 2018.

4. Por tanto, dado lo expuesto, debemos concluir que la actuación del SCS fue siempre conforme a la *lex artis*, por lo que no cabe apreciar relación causal entre el daño reclamado y la actuación del SCS, ni, en consecuencia, daño antijurídico alguno, toda vez que, con posterioridad a serle dispensada la inyección, el reclamante consulta por dolor no en la nalga sino en la cadera derecha, siendo diagnosticado, tras la realización de las pruebas oportunas, de un proceso tumoral en el fémur derecho, por lo que dicho proceso justificaría los dolores padecidos por el reclamante y que los mismos no tienen relación con la inyección dispensada el 17 de diciembre de 2019.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a dictamen, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por (...) y posteriormente por sus hijos a título hereditario, se considera ajustada a Derecho.