



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 4 9 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 23 de septiembre de 2021.

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 representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 399/2021 IDS)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El presente dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La reclamante solicita una indemnización de 40.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero 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 adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación, además de la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

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.

4. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. 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.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

6. En lo que respecta a la legitimación -activa y pasiva-, procede efectuar las siguientes consideraciones.

6.1.- En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 66/2020, de 3 de marzo:

*«4.1.1. Respecto a la posibilidad de reclamación por daños -patrimoniales y extrapatrimoniales- derivados del fallecimiento, se ha de indicar lo siguiente:*

*La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma prácticamente unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de una familiar (daño no patrimonial).*

*El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, de modo que la indemnización no la perciben iure hereditatis, sino iure proprio. Se trata de un criterio generalizado en el Derecho comparado europeo, en el que la privación de la vida, no se considera un daño a efectos de las normas que regulan la responsabilidad y no es indemnizable.*

*En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las*

*indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.*

*La jurisprudencia así lo viene señalando desde hace tiempo. En este sentido, las diversas Salas del Tribunal Supremo consideran hoy que están legitimadas para reclamar por la muerte de una persona quienes resulten personalmente perjudicados por ella, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él, de modo que ejercen un derecho originario y no derivativo. La STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril (RJ 2009/4131) señala lo siguiente: “es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure proprio, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del de cuius, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos”.*

*4.1.2. Dicho lo anterior, se ha de añadir que, como muy bien señala la sentencia de 2 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.780/2006), “ (...) la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como ‘iure hereditatis’, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte ‘iure proprio’, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien ‘vida’ sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible ‘mortis causa’ a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales ‘iure hereditatis’” (...) ».*

A la luz de la doctrina anteriormente expuesta, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa de (...) -hija de (...)- para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados del óbito de su madre [art. 4.1.a) LPACAP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria. Tal y como se cita en el Dictamen 292/2021, de 24 de mayo, de este Organismo consultivo «sólo podrán reclamar por el daño moral derivado del fallecimiento de (...) aquellos que posean: “vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y

amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida" (STS, de 4 de noviembre de 1999; STSJ de Navarra n.º 1089/2003, de 17 de octubre de 2003).

*Al tratarse de un daño moral en los sentimientos, se hace necesario poner un límite a la condición de legitimado. Es obligado establecer un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad con la fallecida, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural, a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. El Tribunal Supremo, en algunos casos se refiere a "parientes más allegados". Según la jurisprudencia, puede establecerse un orden de preferencia:*

*1.- Los miembros de la familia nuclear, que en este caso se desconocen, si bien parece desprenderse de la reclamación que (...) estaba casada y tenía un hijo, que no se identifican (¿?). El dolor de la familia nuclear, es decir, marido e hijos, se presume, no requiere prueba (STS de 15 de abril de 1988). No obstante, estos, los más allegados, no formulan reclamación en este caso.*

*2.- Para el resto de los parientes no existe presunción, requiriéndose la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: Que pertenezcan de hecho a la familia nuclear por convivir con ella, o bien se demuestren fuertes e importantes vínculos afectivos, asimilándose a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia central.*

*En síntesis, la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera (STS de 2 de julio de 1979; STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familiar».*

Además, y según consta en el expediente administrativo, la reclamante actúa mediante la representación, debidamente acreditada, de (...) (art. 5 LPACAP).

6.2.- Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

7. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP) toda vez que la reclamación se presenta el 5 de octubre de 2020 respecto de un daño acaecido el 10 de diciembre de 2019.

8. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme a los arts. 21.2 y 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

## II

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 Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre -(...)- en el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria (en adelante, HUNSC).

En este sentido, la perjudicada manifiesta lo siguiente en su escrito inicial de reclamación -folios 2 y ss.-:

*«PRIMERO.- Mi mandante era hija de (...). La madre de mi cliente falleció el 10-12-19 (...). Estando ingresada en la UCI del hospital al cual me dirijo. La causa probable de la muerte es una broncoaspiración. A estos efectos, creemos que no se siguió el protocolo de atención al paciente en UCI, pues en otro caso se habría detectado este hecho. No dudamos que la señora fuera mayor y tuviera patologías, pero eso no debe llevar a que se relajen los controles. La reclamante ya había manifestado sus quejas por escrito, que le fueron respondidas por carta (...), sin pruebas o documentos que acreditaran esa buena atención alegada. Del mismo modo, mi mandante se quejó por errores en el certificado de defunción y especialmente por la gestión de los trámites posteriores a su muerte, así como por el hecho de que la paciente, delicada de salud, no hubiera sido controlada en modo alguno por su centro de salud. A esto se le contestó con otro escueto escrito (...) que no aclara las dudas de esta parte sobre la atención recibida.*

*SEGUNDO.- Error en el tratamiento.*

*Ni se ha atendido a tiempo este problema, ni nos me dijo (sic) que pudiera ocurrir. Es por ello que pido, como prueba:*

*a) Que se solicite al hospital NTRA.SRA. DE LA CANDELARIA, copia de la historia clínica de la madre de la reclamante.*

*b) Que se remita la misma al auditor para que a la vista de todo ello, determine si la atención dispensada en el citado hospital fue correcta.*

*TERCERO.- La firmante se ha quejado por deficiente trato personal. Hay falta de atención, tardanza en las revisiones. Ha pedido copia del historial, pero ha sido en vano».*

Tal y como señala el representante de la reclamante, « (...) *el motivo de la reclamación es doble (...) : que no se hizo un seguimiento de la paciente desde su centro de salud pese a su mal estado y que la muerte de la madre de mi mandante se produce por una broncoaspiración evitable con un mejor seguimiento y no se pudo comprobar la causa de la muerte por la confusión del certificado y la incineración del cadáver*» -folio 46-.

La reclamante fija *ad cautelam* en 40.000 euros el importe de la indemnización reclamada a la Administración sanitaria.

### III

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

1.- Mediante escrito con registro de entrada el día 5 de octubre de 2020 (...), en nombre y representación de (...), insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a su madre, (...)

2.- Con fecha 16 de octubre de 2020 y 5 de noviembre de 2020 se requiere a la interesada al objeto de que subsane su reclamación inicial.

Dichos requerimientos son atendidos por la reclamante mediante la presentación de sendos escritos de fecha 27 de octubre de 2020 y 13 de noviembre de 2020.

3.- Mediante Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación presentada por (...), acordando la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y decretando, por el órgano instructor, realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al expediente; entre ellos, la petición de informe al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable.

Dicha Resolución consta debidamente notificada a la reclamante.

4.- Con fecha 24 de noviembre de 2020, se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud (en adelante, SIP), referido a la asistencia sanitaria prestada a (...) (art. 81.1 LPACAP). Petición que se reitera con fecha 22 de abril de 2021.

Finalmente, el citado informe es evacuado el día 30 de abril de 2021.

5.- El día 4 de mayo de 2021 la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dicta acuerdo probatorio, admitiéndose a trámite las pruebas propuestas por la interesada (a excepción de la testifical) e incorporando -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Asimismo, y con idéntica fecha se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose a la interesada un plazo de diez días para que pudiera formular alegaciones y presentar los documentos que estimase procedentes.

Ambos acuerdos constan debidamente notificados al representante de la reclamante.

6.- Una vez transcurrido el plazo legalmente otorgado a la reclamante, ésta no formula escrito de alegaciones.

7.- No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias (según se justifica en la Propuesta de Resolución, no así en el propio expediente administrativo), al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

8.- Con fecha 15 de julio de 2021 se emite la correspondiente propuesta de resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...), en representación de (...), al no concurrir los requisitos necesarios para declarar responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud.

9.- Mediante oficio de 16 de julio de 2021 (con registro de entrada en este Organismo el día 19 de ese mismo mes y año), se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias [art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la LCCC].

## IV

1. Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo (entre otros, en su Dictamen 328/2020, de 10 de septiembre), *«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».*

2. Por otro lado, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada *«Lex artis ad hoc»*.

En este sentido, 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, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».*

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) *«que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración»*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: *«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.*

*Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria»*.

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.

En este mismo sentido, se ha decantado este Organismo. Cabe traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, de este Consejo Consultivo de Canarias, en el que se expresa lo siguiente:

*«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 más 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”.*

*Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”. Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a *lex artis*, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización».*

3. Trasladadas las precedentes consideraciones al supuesto de hecho objeto de este Dictamen, se hace preciso señalar lo siguiente.

3.1.- La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada por la interesada, al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; puesto que no se ha demostrado *mala praxis* en la atención sanitaria dispensada a la madre de la reclamante. En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

3.2.- La reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ve perfectamente recogida, entre otros, en el Dictamen 272/2019, de 11 de julio:

*«Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del Código Civil (...), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho («semper necessitas probandi incumbit illi qui agit») así como los principios*

consecuentes recogidos en los brocados que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega («ei incumbit probatio qui dicit non qui negat») y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios («notoria non egent probatione») y los hechos negativos («negativa non sunt probanda»). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). 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. A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y 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. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. 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 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (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)».

Finalmente, y como ha señalado de forma reiterada este Consejo Consultivo « (...) es necesario acreditar la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre el actuar administrativo y los daños que se reclamen, como se hace en los recientes Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero y 80/2017, de 15 de marzo, en los que se afirma que: «Además,

como este Consejo ha manifestado recurrentemente (ver, por todos, los Dictámenes 238/2016, de 25 de julio y 343/2016, de 19 de octubre), 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 (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y art. 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP). Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello la mera afirmación del reclamante, porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC)».

3.3.- Una vez examinado el contenido del expediente administrativo tramitado, y previa valoración conjunta de todo el material probatorio que obra en las presentes actuaciones, se considera que no resulta acreditado que la prestación sanitaria haya sido inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la «*lex artis ad hoc*». De esta manera, no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo.

A este respecto, resulta oportuno comenzar exponiendo la secuencia de hechos acontecidos en el supuesto analizado. Es por ello por lo que se reproducen, a continuación, los Antecedentes de Hecho del informe del SIP (folios 66 y ss.):

«A.- Paciente mujer con fecha de nacimiento 14.03.37, con antecedentes de Meningioma frontoparietal diagnosticado a raíz de convulsiones con absceso cerebral. Dislipemia. Síndrome ansioso-depresivo. Fractura de Colles izquierda en 1999, fractura de cadera en 2008. Hemiparesia izquierda residual tras accidente de tráfico. Fractura L1-L2 (2013). Usaria de absorbentes de incontinencia urinaria. Notas de Atención primaria 4 de julio de 2013: “ (...) Artrosis generalizada y factores de riesgo cardiovascular, polimedicada. La paciente dada su situación clínica no es autosuficiente para sus actividades básicas de la vida diaria y precisa la supervisión permanente de una persona. Tiene minusvalía del 75% (...) ”, entre otras circunstancias.

B.- En cuanto al objeto de la reclamación “Que no se hizo un seguimiento a la paciente desde su Centro de Salud pese a su mal estado.” no se fundamenta tal afirmación.

*De la lectura de la Historia Clínica de Atención primaria no se desprende en modo alguno nexos con las circunstancias presentadas en noviembre de 2019 ni que la asistencia haya sido inadecuada.*

*La última atención sanitaria en su Centro de Salud se realiza el 30.09.19 siendo el motivo de consulta Infección de orina para lo que recibe tratamiento adecuado. No consta mal estado de la paciente.*

*C.- En la fecha 22 de noviembre de 2019, llega al Servicio de Urgencias del HNSR en ambulancia de soporte vital básico a las 22:03 h. La paciente de 82 años presentaba Desconexión del medio y temblor iniciados 40 minutos antes.*

*Es valorada y practicadas pruebas diagnósticas sin resultados relevantes, entre otras:*

*-TC cráneo: No se observa sangrado intracraneal. Atrofia cerebral global corticosubcortical levemente mayor que estudio previo, sin datos relevantes.*

*-Rx tórax AP: Índice cardiotorácico aumentado. Arco aórtico prominente. Poca inspiración.*

*-EKG sin signos isquémicos.*

*-Analíticas sangre y orina.*

*Se instauro tratamiento con fármaco anticonvulsivante Kepra debiendo añadir un segundo fármaco Depakine a la vista de la evolución presentada, con múltiples crisis repetidas (6-7) sin recuperación del nivel de conciencia entre ellas, se procede a intubación orotraqueal y se cursa traslado al HUNSC en helicóptero medicalizado por persistencia del estatus epiléptico alrededor de las 22:00 h del día 23.11.19.*

*D.- Llega al servicio de Urgencias del HUNSC a las 02:19 h del día 24.11.19.*

*Ingresa en el Servicio de Medicina Intensiva (UMI). Es sometida a Monitorización continua, ventilación mecánica, oxigenoterapia, sonda nasogástrica, control neurológico, Electroencefalogramas (EEG) x2, punción lumbar, batería de cultivos, analíticas y gasometrías seriadas entre otros procedimientos.*

*Existe persistencia de estatus convulsivo parcial recurrente a pesar de escalada de medicación anticomicial.*

*Se extuba a las 13:00 h del 24.11.19, permaneciendo a su alta del Servicio UMI con buena mecánica respiratoria y buena Saturación de oxígeno con cánulas nasales.*

*Neurológicamente se repite EEG el día 27/11 en el que se confirma persistencia de actividad paroxística. A su alta del Servicio de UMI se encuentra con Glasgow 11-12/15 (O: 3-4; V: 3, M: 5), con fluctuación del nivel de conciencia, obediencia ocasional de órdenes con el hemicuerpo derecho (plejía izquierda previa), tendencia a desviar la mirada hacia la izquierda, lenguaje repetitivo.*

*Dada los antecedentes de la paciente y su situación clínica no se considera a la paciente subsidiaria de medidas agresivas ni de reingreso en UMI. Esto significa adecuación del esfuerzo terapéutico que intenta evitar caer en la obstinación terapéutica, es decir, en la aplicación de intervenciones no apropiadas ya a la situación de la paciente por ser desproporcionadas o excesivamente gravosas para la misma.*

*De acuerdo con el Servicio de Neurología, se decide su alta a planta para continuar estudio y tratamiento.*

*E.- En resumen, en el período 22 al 27 de noviembre de 2019 la paciente ha presentado un estatus epiléptico súper-refractario o maligno esto es, no ha respondido a los fármacos antiepilépticos y anestésicos administrados, permaneciendo la actividad cerebral paroxística, sin recuperar en modo alguno el nivel de consciencia previo, (Glasgow 11-12/15) con déficit neurológico y limitación en la capacidad cognitiva.*

*F.- El 27.11.19 pasa a planta de hospitalización de Neurología.*

*Prosigue con ajustes en tratamiento farmacológico y nutrición enteral (NE), valoración por Neurología y Endocrino, así como cuidados por parte de enfermería.*

*Se pauta NE en sonda nasogástrica de calibre adecuado mediante bomba de infusión con ritmo de infusión (ml/h) en progresión. Dentro de los beneficios de las bombas se describen:*

- Proveer un flujo constante de infusión.*
- Disminuir el riesgo de retención gástrica.*
- El flujo controlado de fórmula puede prevenir potenciales complicaciones gastrointestinales como: distensión, náuseas, vómitos y diarreas.*

*G.- 01.12.19: Valoración Escala de Coma de Glasgow: Puntuación Apertura de Ojos: 1 (ausencia de apertura ocular ante ningún estímulo). Puntuación Respuesta Verbal: 2 (Sonidos incomprensibles: solo emite quejidos o llanto, sin poder distinguir ninguna palabra). Puntuación Respuesta Motora: 4 (Retirada o flexión normal al dolor). Glasgow Puntuación Total: 7 Evaluación Glasgow: Grave.*

*La escala de Coma de Glasgow es una herramienta de utilidad para valorar y registrar el nivel de consciencia de los pacientes, pudiendo identificar alteraciones neurológicas. Se compone de tres parámetros en los que se valora la respuesta verbal, ocular y motora. Para su puntuación, cada apartado tiene un valor de normalidad de 5. Glasgow normal = 15.*

*Ello viene a acreditar un empeoramiento de la situación neurológica previa, desde UMI 11-12/15 hasta el día 1 de diciembre 7/15 ocasionado por el daño neuronal irreversible.*

*El estatus epiléptico súper-refractario que padece es como una crisis epiléptica prolongada o una serie de crisis durante las cuales la paciente no responde a los tratamientos ni recobra completamente la consciencia.*

H.- 02.12.19: *Notas de enfermería: " (...) Paciente con mismo estado neurológico. Sólo responde a estímulos dolorosos (...) No apertura de ojos en el turno. NE por SNG con buena tolerancia. Realiza sus descansos y se pasa su aporte de agua. Sonda vesical a bolsa drenando bien. Mantiene Vías venosa central permeable con punto de punción bien. Acompañada por familia. Se administra tratamiento según pauta. Resto sin más incidencias (...) "*

02.12.19 *Registro Electroencefalograma (EEG) patológico, compatible con status epiléptico generalizado no convulsivo. Lo que confirma la continuidad del estatus epiléptico. La paciente continúa en estatus (EEG compatible) a pesar de 4 fármacos antiepilépticos a dosis óptimas, con muy mal estado general y pronóstico.*

*La mortalidad en el estatus epiléptico refractario en edades avanzadas es superior al 75%, que en el presente caso con una duración superior a siete días se incrementa sustancialmente, con aparición de secuelas muy importantes en caso de supervivencia.*

*La mortalidad se eleva hasta el 81% en estatus epiléptico súper-refractario. Status epiléptico super refractario: presentación clínica, causas, pronóstico y letalidad. análisis prospectivo basado en población hospitalaria (...).*

*La morbimortalidad del estatus epiléptico es elevada con el desarrollo de resistencias al tratamiento ya que es el estatus por sí mismo un factor que induce lesión cerebral.*

I.- *Notas de enfermería día 03.12.19: 12:58h.*

*Administrado tratamiento pautado, Neurológicamente estuporosa, no respuesta a estímulos verbales y muy levemente a los dolorosos, pupilas reactivas, movimientos tónico clónicos valorados por Neurólogo responsable, afebril, no signos de dolor, precisa aspirar secreciones, Nutrición enteral (NE) por sonda nasogástrica (SNG) +aporte hídrico, diuresis por sonda vesical permeable. Enema pendiente de efectividad. Realiza vómito con contenido de NE, con la fuerza de la tos se sale la SNG por lo que se retira y se comenta a Neurólogo responsable su actitud a seguir. Saturando 96% con Gafas nasales 2 L.*

*Notas de Neurología: Sobre las 13:00 h avisan las hijas porque se ha puesto rígida y con movimiento repetidos de ambos Miembros inferiores. A mi valoración paciente saturando 97% con gafas nasales a 2 litros, FC 75 lpm. Con exploración neurológica similar. Dado que se le acaba de iniciar Fenitoína mantengo igual tratamiento.*

*Familia (2 hijas) informadas del muy mal pronóstico y de acuerdo en iniciar medidas de confort en caso de que se objetiven datos de sufrimiento.*

*El tratamiento de confort está encaminado a mejorar el bienestar de los pacientes mediante el control de síntomas. Esto es reconocer, evaluar y tratar adecuadamente los numerosos síntomas que inciden directamente sobre el bienestar de los pacientes (dolor, disnea, debilidad, anorexia, vómitos, (...)).*

J.- La colocación de SNG se realiza para lograr un correcto aporte de nutrientes al paciente cuando tiene incapacidad para la ingestión de alimentos. Dentro de la Nutrición Enteral se describen entre otras complicaciones: vómitos y regurgitación así como neumonía por broncoaspiración.

K.- Alrededor de las 20:00 h del día 3 de diciembre sufre deterioro respiratorio que ante la sospecha de broncoaspiración por el antecedente de vómito en la mañana el especialista en Neurología inicia tratamiento antibiótico con rescate de morfina para el tratamiento sintomático del distrés respiratorio. Se explica situación a sus familiares y se acuerda con ellos el procedimiento a seguir.

La situación no mejora iniciando franco deterioro respiratorio a pesar del tratamiento en la mañana del día 04.12.19, para lo que se pauta sedación.

L.- En los días siguientes, persisten los episodios del estatus epiléptico, se ajusta la medicación, se realizan curas, cuidados de confort, higiene, control de constantes, se administra tratamiento paliativo en perfusión continua de Cloruro mórfico+ butilescopolamina+Midazolam.

Exitus a las 21:05 h del 10 de diciembre de 2019».

A la vista de lo expuesto anteriormente, el Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, formula las siguientes conclusiones -folio 72 y ss.-:

«1.- No consta que no se hiciera un seguimiento a la paciente desde su Centro de Salud, en las atenciones recibidas no se constata "mal estado". La última atención prestada en Atención Primaria dos meses antes por infección urinaria no guarda relación con el episodio de temblor y desconexión del medio, ocurrido el 22 de noviembre de 2019.

2.- La paciente presentó un estatus epiléptico súper-refractario siendo el fallecimiento de la misma el 10 de diciembre de 2019, no durante su estancia en la Unidad de Medicina Intensiva, como refiere la reclamación sino en planta de hospitalización de Neurología.

3.- La paciente nunca recuperó el estado de consciencia previo al 22 de noviembre, persistiendo las crisis epileptógenas se reajustaron los tratamientos, encontrándose en estado clínico de irreversibilidad con coma mantenido el pronóstico vital era infausto a corto plazo.

4.- El episodio ocurrido en la mañana del día tres con vómito y tos con posible broncoaspiración se trata de una complicación posible a pesar de que la tolerancia a la NE fuera favorable en todos los días previos, como se recoge en las notas clínicas de enfermería.

5.- A la vista de los diagnósticos descritos en informe de alta:

*Estatus convulsivo parcial y generalizado refractario, es la causa fundamental de la muerte. Esto es la enfermedad o lesión que inició los hechos que condujeron a la muerte.*

*La probable broncoaspiración sería la causa intermedia o la causa secundaria.*

*La comprobación de la causa de la muerte se efectuaría mediante un estudio postmortem.*

*En este caso, conocido el padecimiento fundamental o el diagnóstico principal y que no se trató de una muerte inesperada o inexplicable en ningún caso justificaría dicho estudio».*

3.4.- De esta manera, ha de concluirse -siguiendo lo ya informado por el SIP, y a falta de prueba en contrario por parte de la interesada- que no concurren los requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: no existen evidencias de que la asistencia sanitaria prestada a la madre de la reclamante resultara contraria a la *lex artis ad hoc*, habiendo sido tratada por distintos servicios médicos y siendo evacuadas cuantas pruebas diagnósticas fueron necesarias en atención al cuadro clínico existente en cada momento, tal y como se deduce del expediente administrativo.

Según se indicó en el Dictamen 173/2015, de 6 de mayo, *«el fallecimiento causado por el desarrollo de una enfermedad mortal solo se podría imputar a la actuación de los médicos que han atendido al paciente en el caso de que éstos hayan omitido la aplicación de los medios y de las actuaciones terapéuticas adecuadas y correctas que hubieran impedido ese resultado de muerte.*

*Si su actuación ha sido conforme a la lex artis ad hoc, entonces ese resultado no se puede imputar a su actuación sino pura y exclusivamente al curso natural de la patología que la ciencia médica no pudo atajar. En un caso así no hay nexo causal entre la asistencia médica prestada y el fallecimiento, por lo que es imposible jurídicamente que por éste responda patrimonialmente el servicio público de la sanidad por cuya cuenta actúan los facultativos a su servicio».*

4. En conclusión, una vez examinado el contenido del expediente remitido, y habida cuenta de que la reclamante no ha aportado ningún elemento probatorio que permita considerar demostrado que la prestación sanitaria haya sido inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc* (art. 77.1 LPACAP en relación con el art. 217 LEC), es por lo que se entiende que no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria; y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo.

## **C O N C L U S I Ó N**

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...), en nombre y representación de (...) se considera que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen.