



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 1 5 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 30 de diciembre 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 nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 579/2021 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS) tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La reclamante solicita una indemnización de 8.760,69 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 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 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.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.

6. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo la reclamante la condición de interesada al haber sufrido el daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP].

La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño, mediante el SCS, aun cuando, en este caso, la asistencia sanitaria objeto de reclamación se prestó por el Hospital (...). Por ello, se le atribuye también la legitimación pasiva en el presente procedimiento al ser éste también presunto responsable de la asistencia sanitaria reclamada. Siendo el concierto sanitario un tipo de contrato de gestión indirecta para la prestación de un servicio público, de conformidad con lo señalado en el art. 32.9 LRJSP, es de aplicación el art. 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Como hemos manifestado en diversas ocasiones (por todas, DDCCC 59/2014 y 406/2016, 287/2017 y 139/2021): « (...) Si los centros sanitarios privados, al prestar a los usuarios del servicio público de salud asistencia sanitaria en virtud de un concierto, les causan daños, ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración. Esta conclusión lleva

necesariamente a esta otra: En los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud, el SCS en este caso, como el centro sanitario privado concertado, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces está obligado a resarcirlo en virtud de los artículos 98 y 162.c) TRLCAP».

Consecuentemente, el centro sanitario privado concertado, que puede responder, en su caso, de los daños por los que se reclama, tiene la condición de interesado en el procedimiento, conforme dispone el art. 4.1.b) LPACAP.

Así, además de haberse recabado la historia clínica del reclamante obrante en el Hospital (...), se dio traslado del expediente al mismo, recabando los informes precisos, así como se le ha notificado a este centro concertado el correspondiente plazo tanto para proponer prueba como para efectuar el trámite de audiencia.

7. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP), pues se presenta la reclamación el 17 de junio de 2019, respecto a un hecho lesivo producido, según la reclamante, el 12 de mayo 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, aun 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

En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, procede reproducir lo manifestado en los Dictámenes anteriormente emitidos por este Consejo Consultivo en relación con el presente asunto (DDCC 473/2020, de 19 de noviembre y 392/2021, de 22 de julio):

«Que el día 4 de abril de 2018 su mandante sufrió un accidente doméstico, al caerse por las escaleras de su domicilio, motivo por el que acudió al Servicio de Urgencias de (...), quien presta tal servicio para el SCS en la zona de Puerto de la Cruz. Allí, tras la realización de una radiografía, le diagnosticaron contusiones en la parte baja de la espalda y le instauraron un tratamiento farmacológico, dándole el alta en ese mismo momento, con la indicación de que al día siguiente acudiera a su médico de cabecera.

El día 5 de abril de 2018, tras haber pasado una mala noche, con vómitos y mareo, acudió por la mañana a su médico de cabecera, del ámbito del SCS, quien confirmó el diagnóstico anterior y le prescribió analgésicos.

Sin embargo, la paciente continuó sintiéndose muy mal por lo que a las 17:00 horas acudió al Hospital (...), del ámbito privado, en el que después de explorarla y hacerle un escáner (TAC) de la zona afectada y una analítica, los doctores le diagnosticaron un sangrado activo, tres vertebrae y tres costillas rotas sin desplazamiento, por lo que fue derivada con carácter de urgencia al Complejo Hospitalario Universitario de Canarias (CHUC).

En dicho Centro hospitalario se le hicieron varias pruebas confirmando el diagnóstico dado en el Hospital (...) y permaneció ingresada en él hasta el día 8 de abril de 2018, cuando se le dio el alta hospitalaria.

La reclamante solicita una indemnización total de 8.760,69 euros, que incluye 3.000 euros por daños morales y los gastos médicos derivados de su visita al Hospital (...), por considerar que ha habido mala praxis médica en las actuaciones realizadas los días 4 y 5 de abril de 2018, por parte del Servicio de Urgencias de(...) (en el ámbito del SCS) y por su médico de cabecera (del SCS), quienes no le hicieron las pruebas adecuadas, dando un diagnóstico erróneo y prescribiendo un tratamiento inadecuado por tal motivo.

2. Para la adecuada comprensión del hecho lesivo, en este caso, es conveniente transcribir el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS (SIP), en el que, además, se incluye la evolución de la paciente, tras los hechos descritos por la misma en su escrito de reclamación:

“1.- El 4 de abril de 2018 por la tarde, la paciente acudió a Urgencias de (...), sobre las 17:00 hs, tras haber sufrido una caída accidental con contusión de la espalda contra el borde de un escalón y se quejaba de dolor lumbar intenso. Tras la realización de una radiografía, fue diagnosticada de contusión de parte inferior de la espalda y contusión de la baja espalda.

Antecedentes personales de HTA, DM 2, hipercolesterolemia y fractura aplastamiento vertebral en cuerpo L1 con acunamiento de aproximadamente un 10% de la altura del cuerpo. Por este motivo estuvo dos semanas de reposo absoluto y tres semanas más con el corsé de Taylor para incorporaciones en el año 2006.

En la exploración física, el médico detectó una excoriación superficial de la piel con tumefacción y equimosis localizadas en el área lumbar derecha, sin dolor a la palpación de las apófisis espinosas y sin crepitación a la palpación. Por este motivo se le solicitó radiografías de columna dorsal y lumbar en proyecciones anteroposterior y lateral. En las mismas se constató acunamiento vertebral L1 (ya conocido), con reducción del espacio intervertebral T12-L1, sin otras lesiones agudas. La anamnesis y una exploración física dirigida, apoyados en pruebas complementarias no evidenciaron más que lesiones antiguas. Fue medicada con analgesia endovenosa, con mejoría del dolor. Tras informar al paciente de los resultados, junto a una buena respuesta clínica con ausencia de datos de alarma, se consensuó el alta domiciliaria sobre las 23:00 hs. Con tratamiento de analgesia oral, además de aplicación local de calor, reposo y evitar realizar esfuerzos, para continuar con controles por su médico de cabecera.

2.- *Antecedentes personales: 66 años, HTA. Diabetes mellitus II, hipercolesterolemia y fractura vertebral L1 sin afectación del canal medular (2006), que precisó ingreso en su día en Servicio de Neurocirugía y siguiendo tratamiento conservador con corsé.*

3.- *La paciente ingresó en el servicio de urgencias, en la tarde del día 4 de abril de 2018, por haber sufrido una caída accidental con traumatismo. En la exploración física, el médico de urgencias evidenció una excoriación superficial de la piel con tumefacción y equimosis localizadas en el área lumbar derecha, sin dolor a la palpación de las apófisis espinosas. No constató signos de afectación neurológica. RX Columna lumbar y dorsal AP-lat 4,4.2018, Fractura acunamiento L1 de aspecto antiguo con pinzamiento de espacio T12-L1 y signos de espondiloartrosis avanzada. Se instauró según consta tratamiento con AINE y reposo. Se remite a control y seguimiento por SCS.*

4.- *El 5 de abril de 2018, tras pasar la noche con vómitos y mareos, acude a su médico de cabecera, quien le receta analgésicos.*

5.- *Ese mismo día 5 de abril la paciente acude por la tarde al Hospital (...) salud. La radiografía simple resultó negativa para fracturas: Rx de columna lumbar sin datos de fractura aguda. No obstante (...) practica una TAC de Abdomen con contraste en la cual se visualizó: Fractura de apófisis transversas lumbares L2, L3 y L4 (con leve desplazamiento) y costales 8ª, 9ª y 10ª no desplazadas. La paciente es trasladada en ambulancia al Hospital Universitario de Canarias (HUC).*

6.- *El Servicio de Traumatología del HUC confirman el diagnóstico de (...). Diagnóstico: Policontusiones, fracturas de apófisis transversas de L2 a L4, hematoma glúteo derecho y de pared abdominal sin signos activos de sangrado. Resulta Alta a los tres días, el 8 de abril de 2018"».*

III

1. En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, este comenzó el día 19 de septiembre de 2018, a través de la presentación de la reclamación efectuada por la representante de la interesada.

El día 24 de octubre de 2018, se dictó la Resolución núm. 2.818/2018 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se admitió a trámite la reclamación formulada por la interesada.

2. Después de su tramitación, el día 22 de junio de 2021, se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, de sentido desestimatorio, que fue objeto del Dictamen 392/2021, de 22 de julio, en el que se le manifestó a la Administración sanitaria lo siguiente:

«2. En este caso, es preciso resaltar la necesidad de que se emitan los dos informes complementarios interesados en el anterior Dictamen dictado en el presente expediente (DCCC 473/2020, de 19 de noviembre), en los siguientes términos:

“2. En el presente supuesto, la interesada reclama no por la atención médica dispensada en el CHUC, sino por las dos actuaciones médicas del ámbito del SCS acaecidas los días 4 y 5 de abril de 2018, relatadas anteriormente.

En relación con la primera de ellas, consta en el informe emitido por (...) (página 82 del expediente) que `En la exploración física, el médico detectó una excoriación superficial de la piel con tumefacción y equimosis localizadas en el área lumbar derecha, sin dolor a la palpación de las apófisis espinosas y sin crepitación a la palpación. Por este motivo se le solicitó radiografías de columna dorsal y lumbar en proyecciones anteroposterior y lateral. En las mismas se constató acúñamiento vertebral L1 (ya conocido) con reducción del espacio intervertebral T12-L1, sin otras lesiones agudas`.

En el primer informe del SIP se afirma acerca de las lesiones padecidas por la interesada que `Consideramos que las fracturas costales son, con facilidad, no detectadas en los exámenes de rutina de los pacientes con traumatismo -en este caso caída fortuita de la paciente por la escalera- por la prioridad que se da al corazón, pulmón y mediastino. En total un 50% de fracturas costales puede NO detectarse en las radiografías convencionales simples posteroanteriores, especialmente cuando se localizan en la pared torácica lateral y los fragmentos tienen un desplazamiento mínimo, como es el caso que analizamos`.

Esta última afirmación genera una primera duda, pues si son difíciles de diagnosticar este tipo de lesiones mediante radiografía, siendo indetectables a un 50%, no se alcanza a entender cuál fue el motivo médico por el que no se utilizó un TAC, al menos para descartar que no padecía tales fracturas.

3. En lo que respecta al segundo momento, consta en el informe del médico que atendió a la interesada, que la misma, cuando acudió en la mañana del día 5 de abril de 2018 a su Centro de Salud, después de haber tenido una mala noche con vómitos, mareos y mal color, ya presentaba un gran hematoma lumbar, que le llevó incluso a practicarle un análisis de orina para descartar que tuviera una lesión renal, lo cual genera la misma duda que anteriormente se expuso, esto es, cuál fue la razón médica por la que no se le realizó un TAC, al menos para descartar las referidas lesiones.

Sin embargo, en este segundo momento la duda acerca de si la actuación médica realizada fue conforme a la *lex artis* es mucho mayor, pues a la dificultad de diagnóstico mediante radiografía, se une a una mala evolución y la presencia de nuevos síntomas, incluido un gran hematoma lumbar.

4. Por ello, para poder entrar en el fondo del asunto con todas las garantías es preciso un informe emitido por especialista en la materia, distinto de los actuantes, por el que se

ilustre a este Organismo consultivo acerca de si con las circunstancias del caso, incluido el hecho de que la interesada ya había padecido una lesión vertebral previa, era obligado o aconsejable, desde un punto de vista médico, hacerle un TAC a la interesada en ambos momentos.

5. Asimismo, parece deducirse de los informes del SIP que ante unas lesiones como estas lo que procede es el tratamiento farmacológico y el reposo absoluto, sin embargo, una vez le fueron detectadas las fracturas por el centro médico privado, se remitió de urgencia a la interesada al CHUC, donde estuvo ingresada tres días. Ello genera otra duda más, pues si bien se entiende que no procede el tratamiento quirúrgico, la decisión de dejarla ingresada parece indicar que el tratamiento no podía ser meramente de analgésicos y reposo, lo que hubiera podido hacer sin ningún problema en su domicilio.

Esta circunstancia hace necesario que por el Servicio del CHUC correspondiente, se emita un informe complementario mediante el que se ilustre a este Consejo Consultivo sobre los motivos médicos que indicaron la necesidad de su ingreso y, específicamente, debe informar también acerca de si las lesiones y situación lesional de la interesada entrañaban un riesgo o peligro, incluyendo, evidentemente, entre los riesgos el vital”.

Procediendo, en consecuencia, a contestar en dichos informes de manera precisa y pormenorizada a las distintas cuestiones de fondo planteadas por este Consejo Consultivo y reiteradas en este Dictamen, para así poder entrar en la cuestión de fondo con la información precisa para valorarla de forma correcta.

3. Así pues, una vez más, las circunstancias descritas anteriormente obligan a retrotraer el procedimiento para completar el expediente con la documentación omitida, y tras ello, dar nuevamente audiencia a la interesada».

Pues bien, en el nuevo expediente consta únicamente un informe del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias en el que de forma escueta se afirma que:

«1. No, se hace un TAC porque la paciente anemiza, es decir, que se produjo una bajada de hemoglobina, y por este motivo se solicitó el TAC.

2. Se ingresa por la misma razón del punto anterior. La paciente se anemiza y se ingresa para control y observación de esta anemia, por si progresara y precisara alguna actuación ulterior, de hecho, se hizo transfusión, evolucionó favorablemente y se dio alta».

El contenido de este informe demuestra por sí mismo que la Administración sanitaria continúa sin ilustrar a este Organismo acerca de las cuestiones centrales de este caso, en el modo que se le ha indicado en dos ocasiones, máxime cuando dicho informe ni siquiera está referido a las actuaciones sanitarias concretas y

determinadas que cuestiona la interesada; sin embargo, y pese a tal omisión, se entrará en el fondo del asunto, con la poca información obrante en el expediente, para no perjudicar a la interesada con una mayor dilación del plazo para resolver.

3. Después de dicho informe se le otorgó el trámite de vista y audiencia a la interesada, que presentó escrito de alegaciones el 17 de noviembre de 2021.

4. Por último, el día 19 de noviembre de 2021, se emitió la Propuesta de Resolución definitiva de sentido desestimatorio.

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».

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».

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

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.

En dicha Propuesta de Resolución se afirma que «Se atendió al paciente según los síntomas y signos que fue presentando en casa momento. Su evolución fue variando con el

transcurso de las horas, no pudiendo exigirse al médico la anticipación de los hechos, cuando a la vista de la anamnesis, exploración y pruebas realizadas, nada indica que sea exigible la realización de más pruebas complementarias o la prescripción de otras pautas terapéuticas distintas a las dadas. Por lo que no se aprecia negligencia, ni error de diagnóstico, ni demoras injustificadas, ni, por tanto, daño antijurídico indemnizable».

En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

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 necesitas probandi incumbit illi qui agit’) así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos 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 aquélla 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)”».

Una vez examinado el contenido del expediente administrativo tramitado, con las limitaciones anteriormente expuestas ocasionadas por motivos ajenos a este Consejo Consultivo, se ha de tener en cuenta, como ya se expuso en los Dictámenes anteriores, que el SIP manifestó en su informe que «Consideramos que las fracturas costales son, con facilidad, no detectadas en los exámenes de rutina de los pacientes con traumatismo -en este caso caída fortuita de la paciente por la escalera- por la prioridad que se da al corazón, pulmón y mediastino. En total un 50% de fracturas costales puede NO detectarse en las radiografías convencionales simples posteroanteriores, especialmente

cuando se localizan en la pared torácica lateral y los fragmentos tienen un desplazamiento mínimo, como es el caso que analizamos».

Pues bien, partiendo de esta aseveración, procede afirmar que resulta manifiesta la deficiente actuación sanitaria llevada a cabo específicamente el día 5 de abril de 2018, cuando la interesada acudió a su médico cabecera, perteneciente al SCS, después de haber sido explorada solamente mediante radiografía el día anterior en (...), y ante un patente empeoramiento de la paciente y, conociendo o al menos debiendo conocer dicho facultativo que las radiografías no detectan en un 50% los casos de las fracturas costales, como afirma categóricamente el SIP, se debió cumplir con la obligación de medios que le es propia a la Administración sanitaria y haber solicitado, sin mayor dilación, la realización de un TAC a la paciente con la finalidad de conocer los motivos del empeoramiento de su estado de salud, que no respondía al tratamiento médico que se le prescribió en el centro hospitalario mencionado y cuyo diagnóstico estaba basado solamente en el resultado de la radiografía efectuada, o al menos para descartar que sufriera una grave patología, lo que conllevó un error de diagnóstico.

Por el contrario, la actuación médica inicial efectuada en (...) no se considera contraria a la *lex artis*, ya que se trata de los primeros momentos del proceso médico de la paciente en el que se actúa conforme a los síntomas iniciales que presentaba la interesada y antes de que se produjera su empeoramiento y resultara manifiesto que el tratamiento prescrito inicialmente no lograba los efectos deseados, como ocurrió el día 5 de abril de 2018, al menos con la información limitada con la que cuenta este Consejo Consultivo en el presente asunto.

Por ello, procede afirmar que, en lo que se refiere a la actuación médica producida el día 5 de abril de 2018, la Administración no ha demostrado que su actuación fuera conforme a la *lex artis*, ni que hubiera cumplido con la obligación de medios que le es propia, como ya se señaló, pues no ha aportado informe alguno que demuestre que ante la agravación del estado de la paciente, tras la exploración inicial, era adecuado continuar manteniendo un diagnóstico inicial erróneo al que se había llegado a través de una radiografía que los facultativos conocen que es inadecuada al ser solamente fiable al 50%, lo que impide considerar a este Consejo Consultivo que se ha cumplido con dicha obligación, pese a los reiterados requerimientos que se le han efectuado.

3. Esta deficiente actuación sanitaria ha ocasionado un daño a la interesada consistente en el retraso en el inicio del tratamiento adecuado a su patología, al no

haberle efectuado la prueba indicada para la misma (TAC) el día 5 de abril de 2018, lo que, a su vez, retrasó su curación y agravó su sufrimiento físico, conceptos estos que se deben indemnizar en la extensión que corresponda.

Asimismo, la interesada reclama el coste económico de los gastos satisfechos al verse obligada a acudir a los servicios sanitarios privados para evitar lesiones mayores.

En relación con esta cuestión se ha de señalar que, la solicitud de reintegro de gastos a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial, ha sido tratada, entre otros, en el Dictamen de este Consejo 380/2013, de 5 de noviembre, que explica que el reembolso de los gastos puede solicitarse mediante una reclamación de reintegro de gastos, siguiéndose entonces un procedimiento ad hoc, con unos requisitos y condicionantes particulares o bien, a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños (económicos en este caso) consecuencia del funcionamiento anormal o normal de los Servicio Públicos, aclarando lo siguiente: « (...) puede reclamarse el reintegro del gasto, como se indica en este caso, a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, como daño material derivado del funcionamiento de la Administración en el ámbito sanitario. En estos casos se estimará la pretensión indemnizatoria si la reclamante prueba la concurrencia de los requisitos genéricos de la responsabilidad patrimonial y los específicos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria».

Por su parte, nuestro Dictamen 161/2012, de 28 de marzo señala: «Ahora bien, si aquel reintegro puede exigirse y analizarse por la vía de la responsabilidad patrimonial, ello sólo podrá fundarse en motivos justificados de denegación de asistencia médica o error de diagnóstico por parte de la Sanidad pública (Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2004 (RJ 2004/183695)), situaciones, en fin, que justifiquen que se acuda por el particular a la sanidad privada, admitiéndose, en estos casos, incluso tras haberse obviado el procedimiento administrativamente previsto para obtener asistencia privada sin coste para el particular».

A la vista del expediente administrativo ha quedado acreditado que a la reclamante le debió ser practicado un TAC al menos desde el 5 de abril de 2108, al presentar signos de agravación de sus dolencias, sin que nada de ello se realizara, remitiéndola a su domicilio. Sólo ante los informes de analíticas y TAC de la medicina privada es admitida por los servicios de urgencias del CHUC y tratada de sus dolencias.

Por todo ello, entendemos que se debe indemnizar a la paciente por los gastos médicos causados en la medicina privada y que dieron lugar a la determinación del alcance de las lesiones de la reclamante y a su correcto diagnóstico, excluyendo, eso sí, el importe de 384,44 euros en concepto de ambulancia medicalizada urbana, toda vez que no se ha probado la imposibilidad de acudir a los servicios públicos de traslado en ambulancia.

A la cantidad total resultante en concepto de indemnización, se le ha de añadir, por mandato del art. 34.3 LRJSP, la actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al Índice de Garantía de Competitividad fijado por el Instituto Nacional de Estadística y los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración Pública, se considera que no es conforme a Derecho.