



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 7 / 2 0 2 2

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 23 de marzo de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 58/2022 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 el Secretario 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. El reclamante solicita una indemnización de 120.000 euros -folio 2-. 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 (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.- 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.

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

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. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

Por su parte, la resolución de la reclamación es competencia del Director del citado 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.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa y pasiva.

4.1. En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe indicar que el reclamante ostenta la condición de interesado al haber sufrido un daño personal por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)].

4.2. 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.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67.1 LPACAP) relativa al error de diagnóstico esgrimido por el reclamante - circunstancia esta que no es puesta en entredicho por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución-; no así en lo atinente a la úlcera duodenal perforada. Como bien señala la Propuesta de Resolución -cuyos argumentos jurídicos se comparten-, respecto « (...) a la asistencia sanitaria prestada con fecha 8 de octubre de 2015 por perforación de úlcera, no procede entrar en el fondo del asunto, al encontrarse la acción ejercitada prescrita, habiendo transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, puesto que el reclamante fue dado de alta el 15 de octubre de 2015 y ejercita la acción con fecha 2 de agosto de 2019».

6. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 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 LPACAP).

7. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación la citada LPACAP; la LRJSP; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

II

1. El 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 dispensada en el Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria.

En este sentido, y como se indica en la Propuesta de Resolución, *«el reclamante manifiesta (...) que a consecuencia de una caída fue diagnosticado por el Servicio de Urgencias del Hospital Insular de contusión costal cuando en realidad tenía la costilla fracturada. Así mismo el reclamante sostiene que en el año 2015, tras acudir en numerosas ocasiones al servicio de urgencia por dolor abdominal se le produjo una perforación de una úlcera dejándole como secuela una hernia de hiato»* (Antecedente de hecho primero).

De esta manera, la reclamación tiene un doble objeto: *« (...) el interesado formula reclamación por error de diagnóstico en la asistencia sanitaria que le fue prestada con fecha 5 de junio de 2018 y por la asistencia prestada en 2015 que le causó una perforación de una úlcera»* -Fundamento de Derecho cuarto de la Propuesta de Resolución-.

2. El perjudicado cuantifica el importe de la indemnización pretendida en 120.000 €.

III

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

1.- Mediante escrito con registro de entrada el día 2 de agosto de 2019 (...) 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 que le fue prestada en el Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria.

2.- Con fechas 8 de agosto y 11 de septiembre de 2019 se requiere al reclamante a fin de que subsane y/o mejore su reclamación inicial (art. 68 LPACAP). Requerimientos que son atendidos por el perjudicado mediante la presentación de los correspondientes escritos de subsanación/mejora los días 20 de agosto y 30 de septiembre de 2019.

3.- Mediante Resolución de 3 de octubre de 2019, 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 3 de octubre de 2019 -reiterado el día 6 de marzo 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 (...)

Dicho informe es evacuado el día 30 de noviembre de 2021.

Asimismo, consta en el expediente remitido a este Organismo consultivo la evacuación de informe por parte del Servicio de Traumatología del Hospital Insular-Materno infantil.

5.- El día 17 de diciembre de 2021 la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dicta acuerdo probatorio, admitiéndose a trámite las pruebas propuestas por el interesado e incorporando -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Figura en el expediente remitido a este Organismo consultivo la notificación de dicho acuerdo probatorio al reclamante.

6.- Con idéntica fecha -17 de diciembre de 2021- se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose al interesado un plazo de diez días para que pudiera formular alegaciones y presentar los documentos que estimase procedentes.

Dicho trámite consta debidamente notificado al interesado.

7.- Una vez transcurrido el plazo legalmente otorgado, no consta la presentación de escrito alguno por parte del reclamante.

8.- Con fecha 28 de enero de 2022 se recaba el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [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].

Informe que es emitido el día 3 de febrero de 2022.

9.- Con fecha 8 de febrero de 2022 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 (...) « (...) *al no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración*».

10.- Mediante oficio de 11 de febrero de 2022 (con registro de entrada en este Organismo consultivo ese mismo día), 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 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».

En este sentido, resulta oportuno señalar que la reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ve perfectamente reflejada, 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 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)».

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)».

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, más 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, por tanto, 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 Consejo Consultivo de Canarias. Así, se ha de traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, 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. Trasladas 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 el interesado, 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 al paciente.

Una vez examinado el contenido del procedimiento administrativo tramitado, y previa valoración conjunta de todo el material probatorio que obra en el mismo, se entiende 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.

3.2. En lo atinente a la cuestión fundamental planteada por el interesado en su reclamación (existencia de error de diagnóstico respecto a las dolencias costales sufridas por el reclamante) resulta oportuno reproducir las consideraciones efectuadas por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución, al señalar cuanto se expone a continuación -folios 293 a 299-:

«En relación con asistencia sanitaria prestada por el traumatismo costal, de la historia clínica incorporada al expediente se constatan los siguientes antecedentes y hechos clínicos:

1.- Constan varias consultas derivadas de patología traumatológica por accidentes y agresiones, que recoge el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (...).

2.- En cuanto al traumatismo costal.

**En fecha 23 de septiembre de 2017 acude al servicio de urgencias del HUIGC tras caída por las escaleras con trauma costal izquierdo, con dolor al respirar.*

Rx de tórax que incluye toda la parrilla costal sin hallazgos.

Diagnóstico: contusión costal.

El paciente acude por dolor en parrilla costal izquierda. Refiere traumatismo con la barandilla de una escalera y disnea.

Exploración Física: BEG, NH; NC; consciente y orientado. Eupneico. AP: RsCsRs sin soplos. MVC sin ruidos sobreañadidos. Leve asimetría con herida superficial en hemitorax izq. Dolor a la palpación de ultimas costillas en la parte anterior, no dolor en región costal lateral ni posterior, no crepita.

Se solicita Rx parrilla costal. Sin hallazgos.

Diagnóstico: contusión costal.

Se le recomienda reposo relativo, Nolotil y control por su Médico de Atención Primaria.

**En fecha 23 de febrero de 2018 acude a su Centro de Salud por presentar dolor costal (ya conocido y con tratamiento). Se recomienda administración de tratamiento vía intramuscular que el paciente no desea, se indica tramito vía oral.*

**El 5 de abril de 2018 acude al Centro de Salud por dolor costal en hemitórax izquierdo.*

Refiere golpe hace meses con Rx normal. En la exploración física bultoma de consistencia ósea que impresiona que es de la propia costilla.

Se realiza interconsulta a Cirugía que el 9 de abril, lo deriva al Servicio de Traumatología.

**En la valoración por el Servicio de Traumatología el 24 de mayo de 2018: Refiere que sufrió traumatismo directo en zona costal con aparición ulterior de bultoma costal doloroso que ahora se ha aliviado persistiendo la deformidad. Como JD: fractura costal izquierda soldada.*

**En fecha 5 de junio de 2018 acude al Servicio de Urgencias de Atención Primaria "tras golpe accidental en región costal izquierda en la mañana y desde entonces cuadro de dolor con dificultad para respirar".*

Presenta protusión costal en la misma zona ya valorada previamente.

Auscultación CP normal. Se remite al HUIGC para valoración. Descartar neumotórax.

**En la misma fecha, 5 de junio de 2018, acude al HUIGC con dolor costal.*

Refiere caída mecánica de su altura con traumatismo costal izquierdo. Dolor y mínima dificultad respiratoria profunda.

En la exploración física, Tórax: no lesiones cutáneas aparentes, no dolor a la palpación, no enfisema subcutáneo. Ruidos cardíacos rítmicos. No soplos ni extratonos. MVC sin estertores sobreañadidos (sibilantes, roncus, crepitantes). Transmisión normal de las vibraciones vocales. TA, pulso temperatura y saturación de oxígeno en rango de normalidad.

En Rx costal no signos de fractura aguda ni complicaciones pulmonares.

Diagnóstico: contusión costal.

Al alta se recomienda Ibuprofeno cada 8 h si dolor. Reposo relativo. Seguimiento por su Médico de AP y en caso de empeoramiento acudir nuevamente al Servicio de Urgencias.

**En consulta de Traumatología el 30 de enero de 2019: Fractura costal en mayo de 2018. Actualmente sin dolor, deformidad costal por callo óseo. Fractura ya consolidada. Causa alta.*

**El 8 de septiembre de 2019 acude a su Centro de Salud refiriendo que le cuesta respirar tras fractura de costilla que según dice "se le soldó mal".*

**El 24 de enero de 2020 refiere en el Servicio de Urgencias de Centro de Salud (teléfono) que persiste el dolor en última costilla con deformidad ósea de la misma. Rechaza tratamiento intramuscular y solicita derivación al HUIGC de nuevo.*

(...)

QUINTO.- Del relato de hecho clínicos y de los informes incorporados al expediente, en cuanto a la reclamación por la ausencia de diagnóstico de fractura costal, el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones sostiene que a la vista de la HC observamos que la visita al Servicio de Traumatología de fecha 24 de mayo de 2018 fue motivada por bultoma costal

doloroso aliviado y deformidad. Como diagnóstico figura fractura costal izquierda soldada, por tanto el hecho es anterior a la fecha de la contusión costal de 5 de junio de 2018.

Se añade que revisada Rx de 5 de junio de 2018 no se objetiva fractura.

Por otra parte, con anterioridad a la fecha de asistencia objeto de reclamación, el reclamante sufrió también traumatismo costal y realizada RX tampoco se objetiva fractura.

En ambas asistencias por traumatismo costal izquierdo en las fechas 23 de septiembre de 2017 y 5 de junio de 2018 el paciente fue explorado descartándose complicaciones derivadas de posible fractura costal (lesiones pulmonares o viscerales) e indicado estudio radiográfico que no objetiva fractura. De este modo, en ambas ocasiones fue diagnosticado de contusión costal. En cualquier caso, tanto en la fractura simple no objetivada en estudio radiográfico como en contusión costal el tratamiento es el mismo.

Por lo tanto, en la asistencia sanitaria prestada el 23 de septiembre de 2017 y el 5 de junio de 2018, del estudio radiográfico realizado no se objetivó fractura costal.

Posteriormente y en cuanto a la evolución del paciente, el Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, señala que, derivado del traumatismo de 23 de septiembre de 2017 la fractura evolucionó con consolidación anatómica mediante la formación de callo óseo.

En el proceso de reparación de las fracturas, alrededor de las 6 semanas se forma el callo óseo. Se trata de una estructura hipertrófica hasta que posteriormente el hueso adquiere su forma y volumen habitual.

El tejido del callo será modelado y reemplazado por hueso normal a medida que la lesión se repara.

La visita al Servicio de COT en fecha 30 de enero de 2019 fue posterior a las fechas de ambos traumatismos y el paciente estaba sin dolor con fractura consolidada y la deformidad costal en relación al callo óseo. De esta forma, sin complicaciones causa alta.

En la misma línea el informe del Servicio de Traumatología relata que el abordaje el 23 de septiembre de 2017 del traumatismo costal fue adecuado y que se indicaron medidas para descartar otras lesiones que pudieran ser complejas y que en ese caso hubieran precisado otra actuación. En la valoración por ese Servicio el 24 de mayo de 2018 presentó el paciente clínica compatible con fractura costal ya consolidada por lo que solicitó Rx de parrilla costal para confirmar el diagnóstico y descartar otros procesos. Finalmente, en la valoración de 30 de enero de 2019 el paciente se encontraba sin dolor, con deformidad costal compatible con callo óseo siendo diagnosticado de fractura costal ya consolidada y causando alta del proceso.

A la vista del citado informe del Servicio de Traumatología, el Servicio de Inspección y Prestaciones concluye que por la clínica y estudios complementarios estamos ante una fractura simple y no complicada de los arcos costales que se manifiestan por dolor costal y en la exploración no suelen presentar otras alteraciones que la distinguan de una periostitis o una miositis postraumática, no variando estas lesiones en su abordaje terapéutico.

Este tipo de fracturas frecuentemente no tiene traducción en la radiología simple del tórax, tanto en radiografías de tórax como en radiografías de parrilla costal.

En este sentido, el Servicio de Traumatología ha inspeccionado nuevamente la pruebas radiológicas no encontrándose hallazgos sugestivos de complicación alguna y no siendo visible el trazo de fractura.

Que, por tanto, el diagnóstico de fractura costal simple, se realiza de forma habitual de forma clínica ante la concurrencia de un traumatismo torácico, con aparición de dolor torácico, que persiste en el tiempo varios meses, con aparición progresiva de bultoma en la zona como expresión externa de la formación del callo óseo, lo que coincide con disminución progresiva del dolor hasta desaparición del mismo con persistencia del bulto.

Derivado de lo anterior, el citado informe sostiene que es frecuente que las fracturas costales simples no complicadas pasen desapercibidas inicialmente y su diagnóstico se realice con posterioridad.

En el caso que nos ocupa, el tratamiento de una contusión costal como la diagnosticada y el tratamiento de una fractura costal simple no complicada no implica ninguna diferencia significativa por lo que, en caso de haber sido el diagnóstico inicial de fractura, no habría implicado unas medidas terapéuticas diferentes ni su evolución y resultado hubieran tenido otro resultado esperable.

Por lo tanto, de la documentación médica aportada al expediente, ha resultado acreditado, sin que por parte del reclamante se aporte prueba en contrario, que en todo momento, se actuó conforme a lex artis, poniendo a disposición de la paciente la totalidad de los medios materiales y humanos con los que cuenta el SCS, incluyendo los diagnósticos, dando, a cada paso del proceso médico, el diagnóstico adecuado a los síntomas y resultados de pruebas que se le fueron haciendo, cumpliendo el SCS con la obligación de medios que le corresponde.

Los informes incorporados al expediente sostienen que en las imágenes radiológicas realizadas con ocasión de la asistencia y que han sido revisadas de nuevo por el Servicio de Traumatología no se objetiva la fractura aludida, y en cualquier caso de haberse objetivado el tratamiento hubiera sido el mismo.

En este sentido cabe señalar lo indicado, en cuanto al error de diagnóstico, por el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias n.º 229/2019, de 20 de junio: "Este Consejo Consultivo, en asuntos similares, ha señalado, como se hace en los DDCC 374/2015 y 85/2016,

entre otros, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en relación con la `prohibición de regreso` a la hora de valorar un diagnóstico y una actuación médica inicial, que sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad, o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006; 19 de octubre 2007); todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi (leyes) del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, y 7 de mayo de 2007)”, doctrina ésta que resulta aplicable al presente asunto por las razones expuestas».

Ciertamente, como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (véase el Dictamen 170/2020, de 1 de junio, con cita del 384/2016, de 24 de noviembre), *«el diagnóstico médico (...) es un juicio clínico sobre el estado de salud de una persona y que establece, a partir de los síntomas, signos y hallazgos de las exploraciones y pruebas a un paciente, la situación patológica en que se encuentra. Por regla general una enfermedad no está relacionada de una forma biunívoca con un síntoma. Normalmente un síntoma no es exclusivo de una patología. Diferentes patologías pueden expresar síntomas idénticos. Por ello no es jurídicamente exigible para todos los supuestos el diagnóstico certero y en consecuencia el error científico médico en principio no puede originar sin más responsabilidad. Éste sólo surge cuando el error de diagnóstico se debe a una manifiesta negligencia o ignorancia o por no emplear oportunamente los medios técnicos y pruebas médicas que ayudan a evitar los errores de apreciación. Por esta razón, la STS de 6 de octubre de 2005 señala que “ (...) no cabe apreciar la culpa del facultativo en aquellos supuestos en que la confusión viene determinada por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia (STS de 10 de diciembre de 1996), y tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico de disculpable o de apreciación (STS de 8 de abril de 1996)”».*

Y es que, como ha indicado la jurisprudencia del Tribunal Supremo -Sentencia de su Sala de lo Civil, núm. 679/2010, de 10 de diciembre (RJ 2011 137), cuyo criterio jurisprudencial se sigue, entre otras, en la Sentencia de su Sala de lo Civil, núm. 112/2018, de 6 de marzo (RJ 2018 1066)-, *«en una medicina de medios y no de resultados, la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan*

identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas:

En primer lugar, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles.

En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS 15 de febrero 2006 (RJ 2006, 692); 19 de octubre 2007 (RJ 2007, 7309); 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778)» (Dictamen 529/2021, de 4 de noviembre).

4. En conclusión, habida cuenta de que, por una parte, el reclamante no aporta medio de prueba alguno, siquiera a título indiciario, con virtualidad suficiente para sostener la reclamación que promueve (art. 77.1 LPACAP en relación con el art. 217 LEC); y de que, por otra parte, a tenor del contenido de los diversos informes que obran en el expediente lejos está de poder inferirse en este caso que la asistencia sanitaria prestada fuera contraria a la *lex artis ad hoc*, 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.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...) se entiende que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen.