



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 8 0 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 24 de abril de 2023.

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 tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 152/2023 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 12 de mayo de 2021, mediante solicitud de la representación de (...), por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en dependencias del SCS.

2. El interesado cuantifica la indemnización en más de 6.000 euros, cantidad que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

También son de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (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 (LOSC); la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

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

3. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar del interesado, al haber sufrido en su esfera personal, el daño por el que reclama [art. 4.1.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. La reclamación no es extemporánea al haberse presentado dentro del año que prescribe el art. 67 LPACAP.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del SCS, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) LOSC. A la Secretaría General del SCS le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos de este Servicio.

5. Se ha sobrepasado en exceso el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

6. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que, por producir indefensión, impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la reclamación planteada.

II

1. El interesado basa su pretensión resarcitoria en el siguiente relato factico:

Con fecha 17 de abril de 2021 es dado de alta tras intervención quirúrgica para colocación de PEG en el Hospital Universitario de Canarias (HUC).

El día 21 de abril del mismo año, tras venir padeciendo dolor abdominal y malestar desde el momento del alta, expulsa por la sonda lo que parece ser una pinza. A partir de ese momento el dolor aumenta y comienza a tener fiebre.

El día 22 de abril acude a Urgencias del HUC por dolor abdominal y fiebre, donde permanece ingresado hasta el día 23 con tratamiento antibiótico

El objeto de la reclamación es el olvido de material quirúrgico, que ha ocasionado un nuevo ingreso hospitalario, con padecimientos tanto físicos como morales.

2. El Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) emite informe que acredita la siguiente sucesión cronológica de hechos:

« (...) B.- Después de gastroscopias de 20 y 21 de noviembre de 2020 en ingresos anteriores, se practica endoscopia (gastroscopia) de control en el mes de febrero de 2021, entre otras circunstancias se observó: A nivel del esófago lesiones a nivel del tercio esofágico inferior y medio. Se efectuó toma de biopsia, y ante un babeo de sangre en esófago se coloca clip que hace ceder dicho babeo.

Un clip es un dispositivo metálico de pequeño tamaño, empleado en la endoscopia digestiva como herramienta terapéutica, que produce una compresión mecánica sobre las lesiones sangrantes o los tejidos lesionados. Este mecanismo actúa a modo de "grapa" al aplicarlo sobre los vasos sangrantes o tejidos dañados, realizando así una compresión directa que facilita el cierre y cicatrización de las lesiones. Dicha característica permite realizar un tratamiento sin dañar los tejidos sanos circundantes, lo que la diferencia de otras técnicas endoscópicas que emplean calor (métodos térmicos) o sustancias químicas esclerosantes (métodos de inyección).

El clip, una vez fijado y posicionado, puede desprenderse espontáneamente sin producir ningún daño y eliminándose por vía anal con las heces sin que el paciente lo perciba.

C.- Por distintas especialidades, al paciente se le indica la realización de gastrostomía endoscópica percutánea PEG. Se somete a consulta de anestesia en la fecha 15 de marzo de 2021 e ingresa con carácter programado en el HUC el 12 de abril de 2021 para someterse a dicho procedimiento el día 16.04.21.

Gastrostomía endoscópica percutánea es un procedimiento mediante el cual se coloca un tubo flexible (sonda) de alimentación a través de la pared abdominal hasta el estómago. Permite la nutrición, la administración de líquidos y/o medicamentos directamente en el estómago, sin pasar por la boca y el esófago, así como la descompresión de la cámara gástrica.

Se coloca sonda de gastrostomía en cara anterior del cuerpo gástrico, sin incidencias y en situación de estabilidad se cursa alta hospitalaria el 17.04.21, con recomendaciones sobre el manejo de la misma.

El 19.04.21 en consulta de Atención Primaria a domicilio consta: Buen estado general. Ha ganado peso, buen aspecto. No existe mención a dolor o fiebre.

El 20.04.21, aproximadamente 20:00 h, efectúan llamada telefónica al Centro de Salud para consultar y activar en receta: heparina y apósitos. No existe mención a dolor o fiebre.

- El 22.04.21 alrededor de las 07:00 h acude al Servicio de Urgencias del HUC y consta en el apartado Historia actual: “ (...) .el paciente estaba bien pero ayer inició con febrícula en la mañana de 37.5°C y dolor abdominal durante todo el día, (...) además presentó expulsión de material metálico por la sonda de PEG. Hoy fiebre de 38.5°C y persistencia de dolor abdominal.”

Se practica analítica, cultivos y radiografías sin signos macroscópicos de infección ni de complicación. Se pauta antibioterapia y se cursa el alta el 23.04.21 alrededor de las 14:00 h.».

Sobre la base de esta relación circunstanciada de los hechos, el SIP formula en su informe las siguientes conclusiones:

«1. Siendo el objeto de la reclamación el olvido de material quirúrgico, que ha ocasionado un nuevo ingreso hospitalario, con padecimientos tanto físicos como morales, rechazamos tal afirmación.

2.- NO ha existido olvido alguno, el clip hemostático se colocó en febrero de 2021 en el curso de endoscopia al observar sangrado en esófago a modo de babeo, con el fin de que cediera dicho sangrado. Ello se consiguió. No se trataba de cuerpo extraño a retirar.

3.- El clip posicionado puede desprenderse y ser eliminado por las heces, en este caso el orificio próximo era el orificio gástrico generado para la PEG.

4.- Se emite informe desfavorable».

3. Con fecha 24 de febrero de 2023, se notifican al interesado Acuerdo Probatorio y Trámite de Audiencia respectivamente. Transcurrido el plazo conferido, no se recibe nueva documentación.

4. Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, modificado por el Decreto 232/1998, de 18 de diciembre, en este procedimiento, no se recaba el informe de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico (Informe de 23 de febrero de 2017, relativo al expediente de responsabilidad patrimonial n.º 130/14).

5. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la interesada, al entender la no concurrencia de los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III

1. Como hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, el Dictamen 255/2021, de 18 de mayo), según el actual art. 32.1 LRJSP –similar al anterior art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- requisito indispensable para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento.

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).

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

personal sanitario, más sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

2. En el presente procedimiento la pretensión resarcitoria del reclamante se fundamenta en una negligencia médica, concretadas en el olvido de material quirúrgico, que le ocasionó un nuevo ingreso hospitalario.

Sin embargo, sin la constatación de que esos daños fueron consecuencia de la infracción de la *“lex artis”* no cabe apreciar que existe una relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada por los facultativos del SCS y los supuestos daños por los que reclama. Así, pues, sin la determinación del nexo causal entre los daños por los que reclama y la actividad administrativa no puede surgir responsabilidad de ésta.

La Propuesta de Resolución, con fundamento en los distintos informes y en la historia clínica obrantes en el expediente, refuta las alegaciones del reclamante.

Así, está acreditado que no existió olvido alguno, pues el clip hemostático se colocó en el curso de una endoscopia al observar sangrado en esófago a modo de babeo, con el fin de que cediera dicho sangrado, lo que se consiguió, por lo que no se trataba de cuerpo extraño a retirar, esto es, no era una pinza.

Según los Informes, en la mayoría de los casos estos dispositivos tipo clip o grapa después de cumplir su función se desprenden de la mucosa de la pared intestinal/gástrica en 7-14 días y son eliminados por las heces de forma natural. En una minoría de casos persiste en el tiempo, como ha sido el caso y, debido a la paresia (grado de debilidad muscular) que padece el paciente, fue expulsado a través de la sonda endoscópica percutánea -PEG-, colocada con fines descompresivos, sin que represente un riesgo o extraña causalidad.

Esa expulsión o fuga periestoma provocó dolor y fiebre, cuadro que fue resuelto con tratamiento antibiótico y analgésicos, pero no es consecuencia de la infracción de la *“lex artis ad hoc”*.

3. Además, consta la existencia del Documento de Consentimiento Informado, firmado por el interesado (página 1.319 del expediente), en el que se advierte de la posibilidad de que la endoscopia produzca hemorragias, en cuyo caso es necesario intervenir quirúrgicamente, hemorragias que en la mayoría de los casos son resueltas endoscópicamente, como fue el caso, con el clip o grapa que fue posteriormente expulsada.

Como se ha señalado insistentemente por este Consejo Consultivo, desde el DCC 55/2014, de 26 de febrero, uno de los elementos integradores de la *“lex artis”* es el documento de consentimiento informado personalizado, documento en cuya virtud el paciente consiente la intervención médica con los riesgos inherentes a ella, siempre que se haya realizado la actuación médica misma de conformidad con las reglas de la *“lex artis ad hoc”*.

La regulación del consentimiento informado implica que la responsabilidad por las consecuencias que puedan surgir de los posibles riesgos derivados de las actuaciones médicas, siempre y cuando se haya actuado conforme a *“la lex artis ad hoc”*, será asumida por el propio paciente.

4. En definitiva, no se aprecia la existencia de la infracción de la *“lex artis”* al haberse acreditado que no hubo negligencia pues no hubo olvido alguno de material quirúrgico dentro del paciente. Durante la asistencia prestada se le atendió adecuadamente, con la realización de los estudios diagnósticos terapéuticos, tratamientos, medidas y cuidados de acuerdo con el proceso evolutivo, respetándose la *“lex artis”*. La endoscopia se realizó adecuadamente, pero requirió de la colocación de un clip para atajar un sangrado en esófago a modo de babeo, que se eliminó por la sonda gástrica, en vez de por las heces.

También está acreditado, en segundo término, que el consentimiento informado se prestó, tal y como hemos mencionado anteriormente, siendo adecuado, además, en relación con los riesgos personales del paciente, lo que obliga al perjudicado a soportar el daño, por lo que el perjuicio no es antijurídico y, por ende, no es indemnizable, ya que se considera que la asistencia se realizó, como se dijo, de acuerdo a la *“lex artis”*.

La adecuación de la asistencia sanitaria prestada a la *“lex artis”* rompe el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama, y, por ende, impide, al tratarse de un requisito esencial para ello, el surgimiento de la responsabilidad de la Administración prestadora del servicio, por lo que se ha de concluir que la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión resarcitoria del reclamante, es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación sanitaria del interesado al no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración, se considera conforme a Derecho.