



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 4 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de marzo 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 conjuntamente por (...), (...) y (...), por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario dependiente del Servicio Canario de la Salud (EXP. 64/2023 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. Los reclamantes solicitan una indemnización para cada uno de ellos de 12.500 euros, excepto para (...) que reclama 21.399,50 euros. Estas cuantías determinan 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 (LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación, además de la citada LPACAP; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (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) y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

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) LOSC.

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 los reclamantes la condición de interesados al alegar que han sufrido daños morales y psicológicos por haber publicado el SCS fotografías de su madre y esposa, ya fallecida, tomadas mientras la misma se hallaba en la UCI de un Centro hospitalario dependiente del SCS [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, pues las fotos se tomaron y se publicaron en una exposición en Centros hospitalarios del ámbito del SCS, organizada y autorizada por el mismo.

7. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP), pues se presenta la reclamación el 11 de junio de 2020 con respecto de unos hechos acaecidos en abril de 2019, pero una de las interesadas sufrió a causa del hecho lesivo un agravamiento de su patología mental previa y a la fecha de la presentación de la reclamación todavía no se le había dado el alta laboral y médica.

II

En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, procede reproducir lo expuesto en relación con ello en el Dictamen de este Consejo Consultivo 365/2022, de 6 de octubre, emitido con anterioridad en este asunto, señalándose en él lo siguiente:

<<1. (...) Que el día 25 de marzo de 2018, (...) madre y esposa de los reclamantes sufrió un grave accidente de tráfico en la isla de Fuerteventura, por lo que fue ingresada en la UMI del Hospital Insular de Fuerteventura, falleciendo el día 15 de abril de 2018.

Posteriormente, en abril de 2019, se inaugura una exposición fotográfica en el vestíbulo del Hospital Insular de Gran Canaria relativa a la vida de los pacientes durante su estancia en la UCI. Esta exposición se realizó, por encargo del SCS, por el fotógrafo (...), quien durante un año tomó cerca de un millar de fotografías de distintas UCI del SCS, seleccionándose finalmente unas 30 fotografías, entre ellas, una de gran tamaño en la que se observa a la madre y esposa de los reclamantes durante su estancia en la UMI del Hospital Insular de Fuerteventura.

Los reclamantes tuvieron conocimiento de tal hecho, pues no solo diversos conocidos y allegados presenciaron in situ la exposición, observando con toda claridad la fotografía de la causante de los reclamantes, sino que además se hicieron diversos reportajes en medios de comunicación, incluida la Televisión Pública de Canarias, en los que aparecía la fotografía de grandes dimensiones de la fallecida. Además, los interesados acudieron en persona al hall del Hospital Insular de Gran Canaria comprobando, sin lugar a dudas, que era cierto lo que sus allegados le manifestaron acerca de la exposición fotográfica, hallándose allí la foto de su madre.

2. Los interesados reclaman porque en ningún momento se les solicitó autorización para tomar fotografías de su madre y esposa durante su estancia en la UMI, ni para hacerlas públicas en una exposición fotográfica. Además, tal autorización no se las pudo dar la madre y esposa de ellos, pues a causa del grave accidente sufrido perdió la consciencia, que no volvió a recuperar en ningún momento.

Al respecto se afirma en la reclamación que «Se reclama por daños patrimoniales y extrapatrimoniales, daños morales, los reclamantes son hijos y viudos de la fallecida, por la exposición de fotografías, realizadas días antes de fallecer en zona restringida, sin autorización ni para realizar ni para exponer de forma pública, incumpliendo la normativa europea y su trasposición a la normativa estatal de protección de datos de carácter personal, vulnerando los derechos fundamentales, como el derecho a la integridad, a la propia imagen y, otros derechos fundamentales, causando un profundo malestar, sufrimiento y daños encuadrables en el ámbito de los daños morales y patrimoniales.

Se pone de manifiesto que la familia ya solicitó al centro que designase a las personas responsables del hecho, escrito presentado en el mes de junio de 2019, sin que se diese más respuesta que la negación de la identidad de la señora expuesta, no facilitando dato alguno, lo que además influye en el derecho a la propia tutela judicial efectiva de los administrados».

3. El esposo y el hijo de la fallecida reclaman, cada uno de ellos, 12.500 euros por el daño moral que se le ha ocasionado al hacer público y sin su consentimiento las fotografías de su madre y esposa durante su estancia hospitalaria. Sin embargo, la hija reclama 21.399,50 euros, que incluye no solo el daño moral (12.500 euros), sino el agravamiento de su patología mental previa (8.899,50 euros), que la ha mantenido de baja laboral, ocasionada de forma directa por los hechos expuestos>>.

III

1. En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, comenzó el día 11 de junio de 2020, a través de la presentación de la reclamación efectuada por los interesados.

El día 29 de julio de 2020, se dictó la Resolución núm. 1.432/2020 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se admitió a trámite la reclamación formulada por los interesados.

2. El presente procedimiento cuenta con el informe preceptivo del Jefe de Servicio de Medicina Intensiva del Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil (CHUIMI), en el que se manifestó lo siguiente:

«Dicha exposición, llevada a cabo por el fotógrafo (...) de forma totalmente altruista, tenía como fin dar a conocer la especialidad de Medicina Intensiva, nuestra UMI en particular, destacando el trabajo de los profesionales y realzando la experiencia vital de los pacientes que ingresan en la unidad. No tuvo más beneficio que la estima de pacientes y profesionales, así como la contribución a la humanización de la asistencia en UMI.

Para ello se siguió una sistemática que consistía en solicitar autorización a las personas implicadas (personal de la UMI, pacientes y familiares) y posteriormente obtener las fotos que se consideraron. Tras una labor de meses se realizó una selección de las fotos obtenidas y se expusieron en el Hall del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria, en forma de secuencia temporal que expresara los diferentes momentos del ingreso de un paciente en UMI, desde antes de su ingreso hasta su alta.

Dicho trabajo contó con la aprobación de la Dirección Gerencia y el apoyo del gabinete de Prensa del Hospital.

Previamente a la realización de las fotografías se contaba con los consentimientos informados de los pacientes y/o familiares.

En lo que respecta a las cuestiones que se nos hace por parte de la Secretaría general del Servicio Canario de la Salud, les informamos de lo siguiente:

1. Fecha de realización de la exposición y su duración:

La exposición tuvo lugar el 5 de abril de 2019, y su duración fue de 3 semanas.

2. Soporte documental de las fotografías expuestas:

Se envía como archivo adjunto.

3. En relación con la paciente:

(...), fecha de ingreso, así como su ubicación física durante su estancia en el UCI de ese hospital, y si su imagen fue incluida en la exposición de tal fecha, debiendo aportarse en caso afirmativo el consentimiento formalizado para la reproducción de la misma por la paciente o sus familiares:

La paciente ingresó en la UMI del HUIGC el día 26/03/2018. La ubicación física de la paciente fue el box 8 del módulo 3 de dicha unidad. Su imagen no fue incluida en la exposición citada».

3. Después de la correspondiente tramitación del expediente se emitió el día 28 de julio de 2022 Propuesta de Resolución, que fue objeto del Dictamen de este Consejo Consultivo 365/2022, de 6 de octubre, por el que se le requirió a la Administración la retroacción de las actuaciones con la finalidad de practicar las pruebas testificales propuestas por los interesados, cuya práctica se omitió indebidamente.

El día 25 de octubre de 2022, se dictó la Resolución núm. 545/2022 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se acordó retrotraer las actuaciones y practicar las pruebas testificales propuestas por los interesados, lo cual se llevó a cabo de forma correcta.

4. Posteriormente, se les otorgó el trámite de vista y audiencia a los interesados, quienes presentaron escrito de alegaciones.

El día 2 de febrero de 2023 se emitió una primera Propuesta de Resolución y el día 7 de febrero de 2023 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva.

5. 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).

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada por los interesados, toda vez que el órgano instructor considera que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En dicha Propuesta de Resolución se alega al respecto que *«El servicio de Medicina Intensiva aporta soporte fotográfico de las imágenes cuestionadas por los reclamantes en su momento, son dos fotografías de la misma persona, pero en dos momentos muy diferentes de su estancia en UVI, la primera se corresponde probablemente con el momento de su ingreso, en el que prácticamente no podemos reconocer el rostro de la misma, debido a la situación en la que se encuentra y una segunda fotografía que se corresponde con la paciente ya recuperada. El objetivo era mostrar en dos fotos la evolución favorable de la paciente.*

Pues bien, los reclamantes sostienen que la imagen n.º 1 es la imagen de su madre, tomada durante el periodo de su ingreso del 25 de marzo al 15 de abril de 2018, pero lo cierto es que no aportan si quiera una fotografía de su madre que permitiera al menos cuestionar el informe del Servicio de Medicina Intensiva, que afirma que la citada imagen no se corresponde con (...). Es decir, no se incorpora documento fotográfico de la madre de los reclamantes que permita al menos comprobar sus afirmaciones.

Es más, durante la fase probatoria se requirió a los interesados a fin de que concretaran los medios de prueba de los que pretendía valerse, sin que por parte de los mismos se formulara ninguna propuesta ni se rebatiera el acuerdo del órgano instructor.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa la Administración, ha incorporado un informe del servicio causante de la presunta lesión indemnizable, que sostiene que la madre de los reclamantes no fue incluida en la muestra fotográfica, aclarando que las fotografías fueron tomadas con autorización de los pacientes y familiares, tratando de mostrar la evolución en el ingreso, por ello tienen constancia de a quién pertenecen las dos imágenes.

(...)

De conformidad con señalado por el Dictamen de Consejo Consultivo de Canarias n.º 365/22 se acuerda retrotraer las actuaciones y practicar la totalidad de las pruebas propuestas por los interesados, en concreto la Testifical de (...), fotógrafo de la exposición y la testifical de tres de los siete testigos propuestos, en concreto se práctica el interrogatorio a (...), (...) y (...), con el resultado que obra en las actuaciones.

En cuanto a la valoración de prueba testifical de (...), se extrae que se obtuvo el consentimiento de los pacientes o familiares para poder realizar las fotografías de los

pacientes, intentando ser lo más respetuosos posibles con la exposición de las imágenes, rechazando aquellas no se consideraron adecuadas.

En cuanto a la prueba testifical realizada a los testigos propuestos por los reclamantes, todos coinciden en ser conocidos de la paciente y que todos vieron la imagen emitida por la televisión canaria en un móvil, uno de ellos especifica que la imagen que es la de una persona intubada y otra afirma que la reconoce por cara y por la dentadura.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, por parte de los reclamantes no se aporta ningún elemento probatorio que permita acreditar que la imagen nº1 se corresponde con su madre y ello teniendo en cuenta que por parte del órgano instructor durante la fase probatoria se requirió que se concretaran los medios de prueba de los que pretendían valerse, sin que por parte de los mismos se formularan alegaciones ni en ese momento ni en el trámite de audiencia.

Derivado de lo anterior, no se objetiva la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración, al no acreditarse la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre la actuación de la administración y el resultado lesivo. (...) »

2. En este caso, ha resultado demostrado que la totalidad de las fotografías empleadas para exposición organizada por la Administración sanitaria se tomaron previa autorización de los pacientes o de sus familiares directos, tal y como manifiesta el testigo propuesto por los interesados, el fotógrafo autor de la exposición, lo que además se corrobora en los informes emitidos al respecto, habiéndose incluido en exposición las fotografías más respetuosas con los pacientes, como declara el testigo propuesto por los interesados.

Por el contrario, los interesados no han logrado demostrar que en la referida exposición se hubieran incluido fotografías de su familiar y ello por dos razones. En primer lugar, porque, salvo el fotógrafo mencionado, ninguno de los testigos propuestos por los interesados es testigo presencial de los hechos, ya que ninguno acudió a la exposición, pues todos ellos afirman que vieron fotografías de la causante de los interesados a través de un teléfono móvil que los mismos les presentaron, desconociéndose qué fotografía les mostraron, o por haber visto en televisión noticias acerca de dicha exposición, es decir, lo que tuvo que ocurrir en un breve instante.

En segundo lugar, es cierto que los interesados en su escrito de alegaciones presentan una fotografía para compararla con la de la exposición, sin embargo, la misma per se tampoco acredita que la referida fotografía de la exposición muestre a su familiar, no solo porque la fotografía que ellos aportan es bastante oscura, sino

porque las personas que aparecen en ambas fotografías, que se comparan entre sí, son personas que están intubadas y portan otros elementos médicos en su rostro que hacen del todo imposible su identificación facial.

3. Este Consejo Consultivo ha manifestado en su Dictamen 137/2022, de 7 de abril, entre otros muchos, que *«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, sin perjuicio 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)».*

Esta doctrina es aplicable al presente asunto y determina, teniendo en cuenta las razones ya expuestas, que proceda afirmar que en el presente asunto no se ha demostrado la existencia de relación de causalidad entre el actuar administrativo y el daño reclamado por los interesados.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración Pública, se considera conforme a Derecho en virtud de lo expuesto en el Fundamento IV del presente Dictamen.