

D I C T A M E N 2 7 6 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 22 de junio 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 iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 251/2023 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

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

2. Los reclamantes solicitan una indemnización de 210.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (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 (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; 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.

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

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 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 y pasiva.

6.1. En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen n.º 16/2023, de 18 de enero -con cita del anterior dictamen n.º 66/2020, de 3 de marzo-:

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

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

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

En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.

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

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

Tal y como se cita en el Dictamen 292/2021, de 24 de mayo, de este Organismo consultivo «sólo podrán reclamar por el daño moral derivado del fallecimiento de (...) aquellos que posean: “vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida” (STS, de 4 de noviembre de 1999; STSJ de Navarra n.º 1089/2003, de 17 de octubre de 2003).

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

algunos casos se refiere a “parientes más allegados”. Según la jurisprudencia, puede establecerse un orden de preferencia:

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

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

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

En conclusión, a la luz de lo anteriormente expuesto, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa de (...) y de (...), para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños y perjuicios derivados del óbito de (...), esposo y padre, respectivamente [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP]. Legitimación activa que no es puesta en cuestión por la propia Administración Pública sanitaria.

Por lo demás, los interesados actúan mediante la representación de su abogado; constando debidamente acreditado en el expediente el poder de actuación de este último (art. 5 LPACAP).

6.2. 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.

7. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción (art. 67.1 LPACAP), toda vez que el fallecimiento de (...) acaeció el día 13 de diciembre de 2021, y la reclamación de responsabilidad patrimonial se presentó el día 8 de diciembre de 2022. Extremo éste, además, que no es cuestionado por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

8. 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).

II

1. Los reclamantes promueven la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a (...) en el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria -en adelante, HUNSC- y que determinó, en última instancia, el fallecimiento del paciente.

A este respecto, los reclamantes fundamentan su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -folios 4 y ss.-:

«PRIMERO: Que en este Servicio Público Canario de la Salud al que me dirijo el día 9 de diciembre de 2021 fue intervenido quirúrgicamente (...) en el Hospital de Nuestra Señora de la Candelaria de Santa Cruz de Tenerife, para colocación de un marcapasos para solventar una arritmia que se le había diagnosticado meses antes, intervención que se llevó a cabo negligentemente porque no se consideró ni se tuvo en cuenta en ningún momento que el día anterior el 8 de diciembre de 2021 le había dado un ictus considerable, que lo tenía gravemente afectado con antelación a la intervención quirúrgica, y que debió haber impedido la misma.

A pesar de ello se le operó como queda dicho el día 9 de diciembre de 2021, y tras la intervención, ese mismo día sufre una parada cardiorrespiratoria, falleciendo el día 13 de diciembre de 2021.

SEGUNDO: La negligencia se evidencia cuando el día 9 de diciembre de 2021 ante la sintomatología neurológica que presentaba (...) a consecuencia del ictus sufrido el día anterior, no se acordó la suspensión de la operación de implantación del marcapasos, sino que se realizó finalmente, dándose la circunstancia que, una vez en planta, después de la intervención, se le suministra el almuerzo, y vomita el alimento, además de que por enfermería se le aspira la mucosidad porque se asfixia, y seguidamente empeora su salud general hasta que se produce la parada cardiorrespiratoria, de la que se le reanima, por lo que es trasladado a la UVI, pues ya no recupera la salud, sino que sigue empeorando, y es ahí donde fallece el día 13 de diciembre de 2021, día final que completa la negligencia médica o mala praxis que denunciarnos mediante este escrito.

TERCERO: Por este sufrimiento que innecesariamente se le ha hecho pasar a los perjudicados que represento, con más el daño moral padecido, y el perjuicio económico que causa la ausencia en la familia de (...) desde el día de su fallecimiento y en lo porvenir, por lo que reclaman (...) y (...), las cantidades de 120.000 Euros y 90.000 Euros respectivamente, por tales conceptos indemnizatorios causados por la negligencia médica denunciada más arriba, aplicando las tablas del baremo de tráfico (...) ».

2. Partiendo de los hechos descritos anteriormente y dando por sentada la concurrencia de los requisitos sobre los que se fundamenta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, los reclamantes plantean una pretensión indemnizatoria cuyo monto total asciende a la cantidad de 210.000 euros -120.000 euros correspondientes a la esposa y 90.000 euros al hijo del paciente fallecido- (con arreglo al baremo de indemnizaciones por accidente de tráfico regulado en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre).

III

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

1.- Mediante escrito con registro de entrada de 8 de diciembre de 2022 (...), en nombre y representación de (...) y (...), insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada a (...) - esposo y padre, respectivamente, de los reclamantes- en el HUNSC.

2.- Con fecha 9 de diciembre de 2022 se acuerda requerir a los interesados a fin de que subsanen y/o mejoren la reclamación formulada; trámite que es debidamente cumplimentado por el representante de los perjudicados.

3.- La reclamación formulada por la esposa y el hijo de (...) es admitida a trámite mediante Resolución de 26 de enero de 2023, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (P.D. Resolución de 23 de diciembre de 2014, B.O.C. n.º 4, de 8 de enero), 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.

La precitada Resolución consta debidamente notificada al representante de los interesados.

4. Con fecha 27 de enero de 2023 se cursa la correspondiente petición de informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud -en lo sucesivo, SIP-, que es evacuado el día 7 de marzo de 2023.

Asimismo, consta en el expediente la evacuación de informe por parte del Jefe de Servicio de Cardiología del HUNSC con fecha 14 de febrero de 2023, así como informe médico forense de 7 de julio de 2022, emitido en el seno de las Diligencias Previas n.º 806/2022, seguidas ante el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife.

5.- Con fecha 8 de marzo de 2023 se dicta acuerdo probatorio por el que se admiten a trámite las pruebas propuestas por los interesados y se incorporan -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

El acuerdo probatorio figura notificado al representante de los reclamantes.

6.- Con idéntica fecha -8 de marzo de 2023- se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia. Resolución que figura convenientemente notificada al representante de los interesados.

Una vez transcurrido el plazo conferido a tal efecto, no consta la presentación de alegaciones por parte de los reclamantes.

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

8.- Con fecha 23 de mayo de 2023 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 (...) y (...) por no concurrir los requisitos necesarios para declarar (la) responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud».

9.- Mediante oficio de 24 de mayo de 2023 (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».

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

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un*

resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

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

En términos similares se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, al declarar 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 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, de este Organismo, 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 los interesados, 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.

En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

3.2. La reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ve perfectamente 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 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)».

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

En este sentido, resulta oportuno reproducir las consideraciones efectuadas por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución, al señalar -con remisión a los diversos informes evacuados durante la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial (art. 88.6 LPACAP)- cuanto se expone a continuación -folio 329-:

«El objeto de la reclamación es el fallecimiento del esposo y padre de los reclamantes, por haber sido sometido a la colocación de un marcapasos el día siguiente a padecer un Ictus.

Para la valoración del expediente partimos del informe médico forense en las Diligencias previas 806/2022 que damos por reproducido, entendiendo que del análisis de la documentación clínica recabada, así como de los términos y expresiones utilizados para la resolución del orden penal procede afirmar que la actuación médica proporcionada cumple los parámetros que rigen la lex artis.

El Jefe de Servicio de Cardiología del HUNSC, explica que, debido a los antecedentes que presentaba el paciente, se programa la implantación de marcapasos. El día previo a la implantación, acude a urgencias por asimetría facial. Es valorado por neurología, diagnosticando a través de estudios de neuroimagen, Ictus minor, con escala NIHSS 2, que valida la gravedad del ictus isquémico, así como su tratamiento y pronóstico. Se indica inicio con anticoagulación oral, que no se inicia por la programación de marcapasos para el día siguiente. Se da de alta a domicilio puesto que no reunía criterios de gravedad.

Al día siguiente acude para colocación de marcapasos. La familia refiere no presentar cambios en su estado basal, por lo que se decide la implantación de marcapasos.

La parte reclamante expone que la negligencia se evidencia cuando el día 9 de diciembre de 2021 ante la sintomatología neurológica que presentaba (...) a consecuencia del ictus sufrido el día anterior, no se acordó la suspensión de la operación de implantación del marcapasos.

Sin embargo, con carácter previo a implantar el marcapasos, consta que el Servicio de Neurología consulta con Cardiología y se decide que “esperar a su valoración e implante del marcapasos para iniciar el tratamiento anticoagulante. HAS-BLED con riesgo intermedio (...)”

El SIP explica que Has-bleed es el riesgo hemorrágico que presenta el paciente, por tanto, para no provocar hemorragia durante el implante, se decide implantar el marcapasos y después iniciar anticoagulación que también precisaba.

El Jefe de Servicio de Cardiología expone que, según las guías clínicas, la implantación del marcapasos estaba indicada, para poder iniciar la anticoagulación al alta. La situación neurológica del paciente durante y después de la implantación del marcapasos era la misma. La implantación del marcapasos no influyó ni en el deterioro de su situación neurológica, ni en su fallecimiento.

El SIP añade que, a la vista de las condiciones clínicas del paciente, en ningún momento estaba contraindicado realizar el procedimiento. Se reseña que, en unidades de ictus agudo, en caso de presentarse complicaciones con arritmias según sus características se indican desde fármacos antiarrítmicos hasta implantación de marcapasos.

Existe documento de consentimiento informado suscrito para el implante de marcapasos permanente.

No existe prueba que permita acreditar que la evolución neurológica sufrida, con TAC de cráneo urgente sin hallazgos patológicos, guarde relación con el procedimiento cardiológico».

En idéntico sentido se pronuncia el Auto de 18 de julio de 2022 (Diligencias previas n.º 806/2022), emitido por el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife, al señalar lo siguiente:

«En el (...) informe médico forense emitido se establecen los CRITERIOS QUE CONFIGURAN LA LEX ARTIS, habiendo constar lo siguiente:

Criterio de asistencia: dentro de este parámetro se analiza el estudio clínico realizado.

En relación a la actuación médica llevada a cabo el día 8 de diciembre de 2021, se estima que existió una correcta recogida de datos y anamnesis, exploración física, así como que las pruebas diagnósticas realizadas eran las adecuadas, solicitándose interconsulta urgente a Neurología de guardia ante la sintomatología que presentaba el paciente.

Se considera que la valoración por parte de Neurología, que se realizó en un corto periodo de tiempo (consta ingreso en urgencias a las 10:07 horas y la anotación que realiza Neurología tras la valoración del paciente y sus pruebas complementarias se realiza a las 12:46 horas), se adecuó a la praxis médica.

En relación a la actuación médica del día 9 de diciembre de 2021, no se había producido empeoramiento de la sintomatología neurológica que motivó asistencia a Urgencias el día anterior, pudiendo llevarse a cabo la implantación del marcapasos que transcurrió sin incidencias. Una vez en planta, tras el almuerzo tiene un vómito alimenticio siendo asistido por enfermería realizándose aspiración de mucosidades y, con posterioridad, se produce un empeoramiento de su estado general, avisándose a Cardiología y Neurología para valoración urgente, solicitándose las pruebas complementarias adecuadas e iniciándose las maniobras de reanimación cuando se produce la parada cardiorrespiratoria. Tras esto es trasladado a UVI, donde permanece hasta su fallecimiento el día 13 de diciembre de 2021, con las medidas adecuadas a su situación clínica. La asistencia prestada el día 9 de diciembre de 2021 y días posteriores, se considera adecuada.

Criterio de diligencia: se incluye dentro de este parámetro el diagnóstico precoz de las complicaciones. Por tanto, el criterio de diligencia se verifica, fundamentalmente, en el seguimiento evolutivo del paciente.

En el momento del alta el día 8 de diciembre de 2021 los síntomas que presentaba el paciente eran leves, había desaparecido la debilidad en hemicuerpo derecho y la sensación de hormigueo, no se objetivaba área de infarto en la TC y no era candidato a revascularización. Además, se dieron instrucciones a seguir ante signos de alarma o empeoramiento, se indicó seguimiento ambulatorio por Atención Primaria y se solicitó

estudio de Troncos supraaórticos. El hecho de que hubiera podido quedar ingresado tampoco asegura que los hechos acontecidos hubieran sido diferentes.

En relación a la actuación del día 9 de diciembre de 2021, no existía un empeoramiento que hiciera posponer la intervención. Tras esto ingresa en planta, donde se sigue control por enfermería que lo asiste ante las complicaciones que surgen, como hacen con posterioridad los facultativos quienes valoran y tratan al paciente en un corto espacio de tiempo.

Durante su estancia en UVI, la vigilancia y tratamiento del paciente es también adecuada.

Criterio de prudencia: este parámetro tiene en cuenta la prudencia en la valoración del riesgo/beneficio asociada al tratamiento propuesto, que en el caso que nos ocupa, se considera adecuada.

El alta hospitalaria se justificaba por lo expuesto anteriormente.

La implantación del marcapasos se justifica por ser un tratamiento para la fibrilación auricular permanente que sufría el paciente, importante factor de riesgo para ictus. Para poder realizar la misma era necesario que el paciente no estuviera anticoagulado, por lo que se justifica que se acordara no administrar el tratamiento anticoagulante hasta después del procedimiento; de haberse pospuesto éste, hubiera sido necesario igualmente la retirada de la anticoagulación para poder proceder.

Criterio de pericia: se define como la capacitación del facultativo para realizar los actos médicos que se llevaron a cabo. En el caso que nos ocupa, la asistencia se realiza, además de por el médico de urgencias, por especialistas en Neurología, Cardiología y Medicina intensiva, por lo que se estima que son profesionales capacitados para las intervenciones médicas llevadas a cabo.

En atención a los criterios anteriores se establece:

CONCLUSIONES MÉDICO FORENSES

(...) desde el punto de vista médico legal, se estima que la actuación médica proporcionada a (...) se adecuó a una correcta praxis médica».

4. En conclusión, teniendo en cuenta que, por una parte, los interesados no han aportado medio de prueba alguno con virtualidad suficiente para sostener la reclamación que promueven (arts. 77.1 LPACAP en relación con el art. 217 LEC); y 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 dispensada 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 de Canarias.

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 sanitaria, se considera que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV del presente Dictamen.