Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 5 de octubre de 2023.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera 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. 361/2023 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 180.000 € -folio 10-. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación de la Sra. Consejera 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 adelante, 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. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación la citada LPACAP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -en lo sucesivo, 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

[*] **Ponente: Sr. Suay Rincón.**

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

4. 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.

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.

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

5.1. En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 16/2023, de 18 de enero -con cita del anterior Dictamen 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 propio. 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 los 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 propio´, 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 (...) [padre y madre, respectivamente, del menor fallecido –(...)-] para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados del óbito de su hijo [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho 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].

5.2. 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.

Asimismo, se encuentra legitimada pasivamente la entidad mercantil *«Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias»* -en adelante, (...)-, tal y como ha tenido ocasión de manifestar este Consejo Consultivo en asuntos sustancialmente idénticos al planteado en las presentes actuaciones [*v.gr.*, Dictamen 405/2021, de 29 de julio]:

« (...) como se indica en la Propuesta de Resolución (...), la legitimación pasiva también le corresponde a la entidad mercantil «Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias» (en adelante, (...)), empresa pública del Gobierno de Canarias, adscrita a la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad y la Consejería de Sanidad, que tiene encomendada en su objeto social una amplia gama de actividades, como son, entre otras, las urgencias y el transporte sanitario o la coordinación de las emergencias. La legitimación pasiva de la empresa pública se deriva de su intervención con motivo del accidente de motocicleta sufrido por (...), siendo, a juicio de los reclamantes, responsable -junto con el propio Servicio Canario de Salud- de los daños irrogados a su hijo.

Así pues, la legitimación pasiva recae en el Servicio Canario de la Salud, aun cuando, en este caso, la asistencia sanitaria objeto de reclamación se prestó no sólo por el Hospital Universitario de Canarias (HUC), sino también por el Servicio de Urgencias Canario (SUC), servicio gestionado por la empresa pública (...), concertado con el Servicio Canario de la Salud. Por ello, se le atribuye también la legitimación pasiva en el presente procedimiento al ser éste el presunto responsable de la asistencia sanitaria reclamada. Siendo el concierto sanitario un tipo de contrato de gestión indirecta para la prestación de un servicio público, de conformidad con lo señalado en el art. 32.9 LRJSP, es de aplicación el art. 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Como ha manifestado en diversas ocasiones este Consejo Consultivo (por todos, véanse los DDCCC 59/2014, 406/2016, 287/2017): « (...) Si los centros sanitarios privados, al prestar a los usuarios del servicio público de salud asistencia sanitaria en virtud de un concierto, les causan daños, ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración. Esta conclusión lleva necesariamente a esta otra: En los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud, el SCS en este caso, como el centro sanitario privado concertado, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces está obligado a resarcirlo en virtud de los artículos 98 y 162.c) TRLCSP».

En atención a lo expuesto anteriormente, el órgano instructor ha llamado a la empresa pública (...) al procedimiento -en su calidad de presunto responsable del daño alegado-, le ha solicitado informes sobre los hechos alegados como fundamento de la reclamación y le ha dado vista del expediente y trámite de audiencia.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción [art. 67.1 LPACAP]. Extremo éste que no es cuestionado por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

7. 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 su hijo -(...)- y que determinó, en última instancia, el fallecimiento del paciente menor de edad.

A este respecto, los reclamantes fundamentan su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -folios 1 y ss.-:

«PRIMERO.- El 6 de agosto de 2020, se presentaron mi representada, con su hijo (...) (...) de 15 años, en el centro de salud Frontera-El Golfo C.S. con dolor agudo en región cervical, cefaleas, mareos y vómitos siendo atendido por enfermería y por el médico, informando mi representada, desde el primer momento, que, su hijo, desde hace cuatro días presentaba dichos síntomas. En esa consulta médica le diagnostican cervicalgia y contractura muscular, indicando que no hay signos de focalidad neurológico. Prescribiéndole tomar voltaren y medio valium. (...) .

Ante dicha situación a la vista del estado de salud de su hijo la gravedad de los síntomas que presentaba el mismo, no mejorando con la prescripción médica señalada anteriormente y no tranquilos con el diagnóstico, deciden acudir a urgencias del Hospital Insular Nuestra Señora de los Reyes, en el Hierro presentando, el menor, cefalea de comienzo brusco, estando en reposo, y de gran intensidad EVA 10/10, acompañado de mareo inespecífico y vómitos. A la exploración inicial destacan que el paciente, (...), estando consciente y orientado, presenta mal estado general impresionando de gravedad, pálido y sudoroso, taquicárdico con intensa cefalea que hace difícil la entrevista por irritabilidad. Destacando

en la exploración por aparatos y sistemas un soplo sistólico, con exploración respiratoria, abdominal y EE sin hallazgo y neurológicamente dificultad de seguimiento ocular, marcha tambaleante con inestabilidad y sensación vertiginosa. Todo ello informando mis representados, desde el primer momento, que, su hijo, desde hacía cuatro días presentaba cefaleas de carácter intermitente y autolimitada.

Ante dicha situación solicitan TC craneal, el cual informa lo siguiente: "Marcada hidrocefalia triventricular asociada a estenosis del acueducto de Silvio, sin que evidencia causa traumática o tumoral Se aprecia IV ventrículo de pequeño tamaño. Amígdalas descendidas 1 cm. Imagen dudosa de ligero descenso del bulbo raquídeo y elongación pontina. Valorar mediante RMN malformación de Arnold -Chiari. Signos de reabsorción transependimaria en región periventricular parietal posterior. Pequeña calcificación localizada en una folia cerebelosa superior vs tentorio". (...) .

Ante estos hallazgos, en las pruebas practicadas al hijo de mis representados, recomendaron valoración urgente por neurocirugía poniéndose en contacto con el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria, en Tenerife, con neurocirugía, que aceptó el traslado.

Mientras están a la espera, en Urgencias del Hospital del Hierro, el paciente, (...), sufre una parada respiratoria que requiere IOT y conexión a V. Mecánica. Se le administra además de sedoanalgesia y relajación para su adaptación a la ventilación, manitol y dexamentasona. Ya en este momento la evolución no es favorable, presentando hipotensión que requiere iniciar Dopamina ev. y presentando midriasis bilateral arreactiva.

SEGUNDO.- Ese día, 6 de agosto de 2020, a las 18:49 horas, el Centro Coordinador de Emergencias y Seguridad del Gobierno de Canarias (CECOES) 1-1-2, recibió una llamada de alerta, en la que el personal facultativo del Hospital Nuestra Señora de Los Reyes, en el Hierro, solicitaba el traslado de (...) al Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, en Tenerife. (...) .

El afectado fue trasladado, a las 20:44 horas, en una Ambulancia de Soporte Vital Avanzado (Medicalizada con indicativo 73.90) desde el Hospital Nuestra Señora de Los Reyes a la helisuperficie próxima al hospital, donde fue recogida por el Helicóptero Medicalizado (indicativo AH30). (...) .

El Helicóptero Medicalizado trasladó al paciente hasta el Aeropuerto Tenerife Norte, donde fue recogido por una Ambulancia de Soporte Vital Avanzado (Medicalizada con indicativo 43.92) y trasladado, a las 23:27 horas al Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, indicando en el informe que ya estaba inconsciente. (...) .

(...) a la llegada a urgencias del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, se avisó a Neurocirugía y UMI. El servicio de 1-1-2 informó verbalmente a los facultativos que

atendieron la urgencia en dicho hospital, que durante el traslado el paciente se mantuvo hipotenso, a pesar de cargas de volumen iniciándose dobutamina. En urgencia, el paciente presentó la midriasis bilateral arreactiva e hipotensión descrita, se suspendió la dobutamina y tras reposición volumétrica recuperó tensión, procediéndose a su ingreso en UMI para monitorización y continuar medidas de soporte. (...) la fecha de ingreso es el 7 de agosto de 2020, a las 00:52 horas.

TERCERO.- El paciente ingresó en UMI del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, intubado con GC de 3 y con midriasis bilateral arreactiva, sin fármacos neurodepresores. Valorado por el servicio de neurocirugía, que desestimó actitud quirúrgica, dada la situación clínica del enfermo. Inicialmente el paciente tenía estímulo respiratorio que perdió a las pocas horas del ingreso. En esas circunstancias se realizaron los test de muerte encefálica que resultaron positivos para la misma, a las 10.15 horas del día 7 de agosto de 2020, confirmándose posteriormente con el EEG, con el diagnóstico de HIDROCEFALIA TRIVENTRICULAR ASOCIADO A ESTENOSIS ACUEDUCTO DE SILVIO, HIPERTENSIÓN ENDOCRANEAL, MIDRIASIS BILATERAL ARREACTIVA, MUERTE ENCEFÁLICA».

2. Partiendo de los hechos descritos anteriormente, los reclamantes justifican la concurrencia de los requisitos sobre los que se fundamenta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en los siguientes términos:

«En el presente caso nos encontramos con un daño efectivo y real, que se traduce en dos resultados o acontecimientos:

I. DAÑO CONSISTENTE EN LA MUERTE DEL JOVEN (...)

Esto se produce como consecuencia de una hidrocefalia triventricular asociado a estenosis acueducto de Silvio, como se acredita en los informes.

Los síntomas de esta enfermedad son, entre otros, cefaleas, vómitos, mareos, irritabilidad, todos estos síntomas los sufría el hijo de mis representados cuando asistieron al médico de familia, indicándole que los padecía desde hacía cuatro días. En este caso, este médico no se percató de la gravedad de esos síntomas, ya que como se indica en el informe, simplemente le diagnosticó cervicalgia y contractura muscular, decidiendo no remitirlo al médico especialista, ni practicarle pruebas específicas, como TC craneal, ordenándole que siguiera el tratamiento en su domicilio, recetándole voltaren y valium, medicamentos que no son eficaces contra la hidrocefalia. En este momento, el niño ya empezaba a presentar síntoma evidentes de la enfermedad.

Esta enfermedad, en la que, solo un médico puede diagnosticarla, mediante una evaluación neurológica clínica, a través de pruebas específicas que se realizan por médicos especialistas y que, en el caso del Servicio Canario de Salud, puede acceder si el médico de familia te remite a dichos especialistas. Circunstancia que no ocurrió en este caso, ya que el médico de familia que atendió al hijo de mis representados no consideró oportuno,

emitiendo un diagnóstico completamente erróneo, como demuestra el fatídico resultado de muerte del joven (...) Además, en pacientes con sospecha de hidrocefalia, una buena valoración médica y contar con un protocolo de atención, es vital para evitar intervenciones o resultados innecesarios o nefastos.

La cualidad de antijuridicidad de este daño deriva en primer lugar dada la inexistencia de un deber jurídico de soportar tal daño, como es la muerte del joven de 15 años, por hidrocefalia, pues este resultado era fácilmente previsible y tratable en aplicación de la tecnología disponible y tratamientos previstos por los protocolo médicos de aplicación. Es decir, no es consecuencia de la aplicación diligente de un tratamiento médico, encaminado a paliar los posibles efectos de dicha enfermedad, sino que el daño se produce precisamente por la no detección de la necesidad de aplicación de tal tratamiento, como prueba de ello es el resultado de muerte.

Recordamos que mis representados comunicaron reiteradamente que su hijo, desde hacía 4 días, presentaba esos síntomas, los cuales son síntomas evidentes de dicha enfermedad.

Debemos tener en cuenta que el daño antijurídico en el ámbito de la responsabilidad sanitaria supone que el riesgo inherente a la utilización de los servicios sanitarios haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, es decir, cuando en la prestación del servicio no se hayan utilizado las técnica usuales, más seguras, que vienen aconsejadas por aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario.

En el caso que nos ocupa, como decimos, existen técnicas avanzadas destinadas a prevenir dicho daño, las cuales no fueron puestas en práctica, por lo que, desde el punto de vista técnico, se produjo una dejación en la aplicación de todos los mecanismos disponibles destinados a evitar el daño, y a los cuales el paciente tiene derecho como usuario del Servicio Canario de Salud.

Por lo tanto, se aprecia un daño desproporcionado, "entendiéndose como tal, aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria", según indica la mencionada sentencia.

2. DAÑOS MORALES

La jurisprudencia admite sin reservas la posibilidad de indemnizar los daños morales. El Pretium doloris puede definirse como dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado.

Los daños morales son aquellos derivados de las lesiones de derechos inmateriales que pueden generar en quienes los han sufrido un derecho a la indemnización pecuniaria o

reparación satisfactoria. Hay daño moral cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona, siendo también el caso de la muerte del ser querido. De esta forma, corresponde una indemnización de los daños morales por la pérdida del ser querido a los padres de la víctima, Doña (...) y (...).

TERCERO.- RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DEL SERVICIO Y EL DAÑO PRODUCIDO.

(...) . (...) el nexo causal que obliga a la reparación del daño ocasionado mediante la correspondiente indemnización, radica en la indebida aplicación de medios tendentes, en este caso, a la evitación de resultados dañoso y lesivos, como puede ser la muerte del menor.

Como relatan los hechos, desde que el hijo de mis representados ingresó en urgencias del Hospital Nuestra Señora de Los Reyes, fue a las 18.49 horas, de ese día 6 de agosto de 2020, cuando se dio la llamada de alerta al Centro Coordinar de Emergencia y Seguridad del Gobierno de Canarias para el traslado al Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, en Tenerife. El traslado desde el Hospital de Los Reyes hasta la helisuperficie se realizó a las 20:44 horas y el traslado desde el aeropuerto de Tenerife Norte hacia el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria se realizó a las 23:27 horas, finalmente procediendo al ingreso en el servicio de urgencias de dicho hospital a las 00:52 horas del día 7 de agosto de 2020.

Como es de reiterada jurisprudencia "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención (...) (STS 517/201, 19 de julio 2013, FJ. 2°)".

Concluyendo, la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal del servicio sanitario y el daño ocasionado radica en el hecho desencadenante del daño, el cual no es otro que el resultado de muerte, del joven de 15 años, y la actuación de los profesionales sanitarios del Servicio Canario de Salud que atendieron al mismo. Ya que, si hubiera sido tratado correctamente, desde el primer momento, en el que asistió al médico de familia, en el cual presentaba ya los síntomas de la hidrocefalia, y posteriormente se hubieran realizados lo traslados con la diligencia correcta, puesto que desde que se alertó al Centro Coordinador de Emergencias y Seguridad del Gobierno de Canarias, hasta que ingresó en UMI del Hospital Universitario de Nuestra Señora de La Candelaria, transcurrieron 6 horas, en las que el hijo de mis representados estaba sufriendo los síntomas, claramente probados desde el ingreso en urgencias del Hospital de Los Reyes, en el que requerían una valoración URGENTE por neurocirugía del Hospital Universitario de Canarias, que como se puede

entender de los hechos, cuando transcurre ese lapso de tiempo de 6 horas, dicha valoración urgente no se cumple.

Si se hubiera atendido al menor con esa diligencia, cumpliendo esa valoración urgente, dada las criticas circunstancias médicas que acaecían en dicho menor, probablemente, ese funesto resultado de muerte, no se hubiera producido. De conformidad con la reiterada jurisprudencia, el daño en los servicios sanitarios obedece a una indebida aplicación de medios para la obtención de un resultado, por lo que el nexo causal que propicia el resultado de muerte, también se haya en el quebranto de este deber jurídico, constituyéndose como daño antijurídico, pues como sostiene reiterada jurisprudencia de nuestro alto tribunal "los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible".

Señala la Jurisprudencia de nuestro alto tribunal que, el carácter inadecuado de la prestación médica puede producirse por incumplimiento de la "lex artis ad hoc" llevada a cabo o por defecto, insuficiencia o falta y de coordinación objetiva del servicio.

Del relato de los hechos y de los documentos que se aportan, se evidencia una clara falta de coordinación del servicio desde la alerta al Centro Coordinador de Emergencias hasta que es trasladado al Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, transcurriendo ese largo lapso de tiempo. Dichas actuaciones no fueron conformes a la técnica normal requerida, no se adecuaron al caso, ni se correspondieron con la generalidad de las conductas profesionales ante casos análogos, es decir, los profesionales sanitarios que lo atendieron no ajustaron sus actuaciones a la "lex artis ad hoc".

En este caso, los hechos hablan por sí mismos, aplicando la doctrina "res ipsa loquitur", recogida en numerosa jurisprudencia, "que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima" (STS 593/1999. de 29 de junio de 1999, FJ. 2°).

Para que la doctrina "res ipsa loquitur" pueda aplicarse son necesarias que se den tres condiciones: 1. que el accidente sea del tipo de los que no suelen ocurrir si no es por la negligencia de alguien; 2. debe haber sido causado por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; 3. que el daño no sea imputable a un comportamiento culposo de la misma víctima.

Dicha doctrina es aplicable, en todos sus aspectos, al presente caso, ya que este negligente resultado de muerte por hidrocefalia, si se hubiese actuado correctamente, con la debida diligencia no se hubiera producido. En este caso, el control de la situación la tienen los profesionales sanitarios que atendieron al menor. Y este resultado no es imputable a un comportamiento culposo de la víctima, que acudió al centro de salud cuando se presentaron los síntomas».

3. Los interesados solicitan una indemnización -con arreglo al baremo de indemnizaciones por accidente de tráfico regulado en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre- de 70.000 € para cada progenitor y 20.000 € para cada hermano [parientes de segundo grado de consanguinidad cuya existencia no consta acreditada, en atención al contenido de los documentos -significativamente, el libro de familia- aportados por los reclamantes].

III

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

1. Mediante escrito con registro de entrada de 2 de julio de 2021, se 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 al menor (...)

2. La reclamación formulada por los padres del menor fallecido es admitida a trámite mediante Resolución de 28 de octubre de 2021, 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 y a la empresa (...).

3. Con fecha 28 de octubre de 2021 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 30 de marzo de 2023.

Asimismo, consta en el expediente la evacuación de informe por parte del Servicio de Urgencias del Hospital Insular Nuestra Señora de Los Reyes, de 9 de noviembre de 2021 e informe del facultativo de Atención Primaria, de 11 de noviembre de 2021.

4. Con fecha 9 de diciembre de 2021 se persona en las actuaciones la empresa (...), aportando informe del Servicio de Urgencias Canario en el que se describe la asistencia prestada al paciente.

5. Con fecha 5 de mayo 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 y a la entidad mercantil (...).

6. Con idéntica fecha –5 de mayo de 2023- se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia. Resolución que figura convenientemente notificada al representante de los interesados y a la empresa (...).

7. Con fecha 29 de mayo de 2023 se presenta escrito de alegaciones por parte de los reclamantes.

8. Con fecha 31 de mayo de 2023 se solicita de la empresa (...) la emisión de informe complementario en relación con las alegaciones formuladas por el representante de los reclamantes durante el trámite de audiencia. Informe que es evacuado con fecha 13 de junio de 2023.

9. Con fecha 19 de junio de 2023 se acuerda dar traslado a los reclamantes del informe complementario evacuado por el Servicio de Urgencias Canario.

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

11. 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.

12. Con fecha 27 de julio 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 extracontractual planteada « *(...) por (...) y (...) por no concurrir los requisitos necesarios para declarar* [la] *responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud*».

13. Mediante oficio de 31 de julio de 2023 [con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 1 de septiembre de 2023], 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».*

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».

Así, pues, 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:

«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. Trasladadas las precedentes consideraciones al supuesto de hecho objeto de este Dictamen, se hace preciso señalar:

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.

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 no 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 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.

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 -folios 353 y ss.-:

«Los hechos reclamados son dos:

1.- Por un lado, el error diagnóstico en el Centro de Salud que impidió que se iniciara un tratamiento precoz para el padecimiento de (...).

2.- Por otra parte, la actuación negligente del servicio de Transporte CECOES, pues, precisando de una valoración urgente por parte de Neurocirugía en el HUNSC, el traslado se demoró 6 horas desde que se autorizó, hasta el ingreso en el mencionado hospital de Tenerife

1.- Respecto al error diagnóstico

Los reclamantes exponen que cuando acudieron al Centro de Salud, su hijo presentaba cefalea de cuatro días de evolución. Reiteran este dato en numerosos puntos del cuerpo del escrito de reclamación inicial (incluso lo resaltan en negrita), añadiendo que además presentaba mareos y vómitos.

El Dr (...), facultativo de Atención Primaria de (...), recuerda esa asistencia médica, pues expone de forma clara quien acompañaba al paciente, así como las horas y los acontecimientos de esa asistencia médica.

De la lectura de la historia clínica, se confirma que la cervicalgia fue referida de dos días de evolución (folio n.º 189), y que no presentaba focalidad neurológica. La propia madre anuda el dolor con el elevado uso del ordenador.

La parte interesada alega que la exploración del enfermo en el Centro de Salud antes citado, se produjo de forma anormal puesto que ni si quiera se produjo en el despacho del médico de familia, sino que en el Box de Urgencias, probablemente con los medios inadecuados (folio n.º 330).En relación con este asunto, este órgano instructor no encuentra necesario recabar información, pues entiende que un box de urgencias cuenta con todo lo necesario para realizar cualquier tipo de exploración que se pueda presentar, incluso de forma mejor y más completa que en un despacho médico.

También manifiesta que no se tuvo en cuenta el historial médico del menor, que desde el 10 de octubre del año 2012, acudía con una frecuencia mayor de lo habitual por dolores de cabeza, así como vómitos y mareos. Revisada esta cuestión en el historial médico del menor, se observa que la primera referencia que se hace a la presencia de cefalea fue, efectivamente, el 10 de octubre de 2012 (folio n.º 165). Tras exploración neurológica se detecta tapón de cerumen en oído que se solicita extraer.

La siguiente consulta por cefalea se produce el 18 de diciembre de 2013, esto es, 14 meses después de la primera referencia (folio n.º 172). En esa ocasión se acompaña de náuseas y vómitos, detectando un bultoma en FII que solicitan estudiar.

Nuevamente pasan 13 meses hasta la nueva consulta por cefalea frontal sin vómitos asociados, el 8 de enero de 2015 (folio n.º 178). Sin signos neurológico, se diagnostica cefalea migrañosa. El 5 de febrero de 2015 acude de nuevo por cefalea que lo despierta. En esta ocasión tiene además rinorrea y tos seca.

El 19 de octubre de 2015 acude a consulta por cefalea y dolor abdominal, sin vómitos ni fiebre. No presenta signos neurológicos ni meníngeos (folio n.º 181).

En todo este tiempo, el menor acudió en numerosas ocasiones a su centro de salud, por motivos muy diversos, siendo la cefalea el motivo por el que menos solicitó asistencia sanitaria.

La siguiente vez que acude por dolor de cabeza, es ya el 6 de agosto de 2020, el día de los hechos (folio n.º 189), en el que se expone lo ya descrito. Han pasado casi cinco años desde la última vez que acudió por cefalea.

El SIP explica que la cervicalgia consiste en dolor localizado a nivel cervical acompañado o no de rigidez. Generalmente se debe a factores musculares y ligamentosos tales como posturas inadecuadas o insuficiencia de la musculatura local. En muchos casos, se acompaña también de cefalea (2.5% de la población general). Hay dolor en los puntos extremos de los movimientos, especialmente en la extensión y las rotaciones. Puede acompañarse también de dolor irradiado a escápula, hombro, región torácica e incluso la cara sin distribución dermatómica. Puede tardar entre cuatro a seis semanas para la recuperación.

El tratamiento inicial de elección en casos de cervicalgia se basa en tratamiento médico: antiinflamatorios no esteroideos, corticoides, relajantes musculares.

Este día no existió en modo alguno manifestación de sintomatología acompañante, ni expresada por el paciente en la anamnesis, ni observada en la exploración realizada. De ser así necesariamente habría quedado recogida o por el personal de enfermería que le atendió o por el personal médico. No existió síntoma o signo que pudiera inducir sospecha de afectación neurológica, tales como cefalea, visión borrosa, náuseas, vómitos, alteración de la marcha, pérdida de coordinación o equilibrio, deterioro del nivel de conciencia, y por tanto que requiriera otra actuación por parte del médico de Atención Primaria. El tratamiento pautado fue el correcto a la vista de la clínica y la sospecha diagnóstica.

Posteriormente, (...) acude con su familia al Servicio de Urgencias del HINSR, a las 17:21h donde refieren que la cefalea es de cuatro días de evolución. Se encuentra mareado, pálido, sudoroso e irritable, motivos por los que la exploración física es dificultosa. Informa el Dr (...), que el cuadro le hace sospechar de patología neurológica, por lo que, a las 17:32h solicita TAC de cráneo urgente sin contraste y analítica de sangre (folio n.º 113).

En las imágenes del TAC se observa una gran hidrocefalia con sospecha de malformación de "Arnold Chiari".

El SIP explica que la Hidrocefalia es un trastorno que consiste en un acúmulo excesivo de líquido cefalorraquídeo (LCR) dentro de la cabeza. En condiciones normales el LCR se forma en unas cavidades del cerebro que después pasan por una serie de conductos hasta llegar a los espacios subaracnoideos que rodean al cerebro y a la médula espinal, donde será reabsorbido para pasar a la sangre. La hidrocefalia se produce cuando existe un desequilibrio entre la formación de LCR y su reabsorción.

En este caso se trata de una hidrocefalia obstructiva pues el LCR no circula a través de algún punto de su recorrido. Se observó en el TAC imagen sugestiva de Malformación de Arnold Chiari, en la que existe un estrechamiento malformativo en las vías de pasaje del LCR.

Es derivado al HUNSC con carácter urgente, por lo que se solicita traslado en helicóptero medicalizado a las 18:50h aproximadamente.

Sobre las 19:05h, el paciente sufre una parada cardiorespiratoria (PCR), procediendo a la intubación orotraqueal. Se realiza nueva llamada al 112 y al Servicio de Neurocirugía, para informar de la nueva situación clínica, pero en estos momentos el traslado es imposible por estar los recursos ocupados.

Sobre las 19:45h, y tras nueva valoración neurológica, se observan pupilas fijas en posición intermedia que no reaccionan a la luz. Este dato, junto con la PCR y la disminución del nivel de conciencia, hacen sospechar la herniación encefálica. Se comunica al Servicio de Neurocirugía, y se sigue a la espera de recurso disponible por parte del 112.

Alrededor de las 20:45 se activa el traslado del paciente al aeropuerto, transfiriendo al paciente en helicóptero medicalizado sobre las 22:15h.

Estos acontecimientos nos llevan a deducir que, tras la consulta en el centro de salud, se presentaron nuevos síntomas, lo que ocasionó que se dirigieran entonces al Hospital.

2.- Respecto a la actuación del servicio de Transporte CECOES

La parte interesada reclama por la demora en que su hijo fue trasladado al HUNSC a pesar de la gravedad que presentaba. También cuestionan el hecho de que en el momento del traslado de (...), el recurso estuviera ocupado con una paciente embarazada con preeclampsia.

Al respecto informa el Director Territorial del SUC – SC de Tenerife (folio n.º 343 y 344), y expone en primer lugar que no puede pasarse por alto elementos determinantes en el caso que nos ocupa, como son:

• Nº de helicópteros medicalizados H 24 X 365

• Isócronas de vuelo

• Preparación de la aeronave para un nuevo paciente (se precisaba, además, descontaminación de la misma -pandemia Covid-19-)

• Transferencias de paciente con ventilación mecánica, entre recursos del SUC (ASVAhelicóptero- ASVAUrgencias).

Una vez expuestos estos factores, y respondiendo a las cuestiones planteadas por el reclamante en sus Alegaciones, informan lo siguiente:

• La evacuación realizada desde el HGLP, es de una paciente con un diagnóstico de pre-eclampsia grave que debe ser asistida y trasladada directamente al paritorio del Hospital Universitario de Canarias, donde ya la están esperando el equipo quirúrgico de guardia.

• La evacuación desde el Hospital General de Valverde (El Hierro), hacia el HUNSC se hizo hasta el Aeropuerto de Los Rodeos, ya que la helisuperficie de dicho hospital no estaba operativa en horario nocturno en esas fechas. Así, desde su creación, y hasta el 1 de junio de 2023 (ver documento anexo) dicha helisuperficie sólo operaba de Orto a Ocaso, con lo que se acredita la imposibilidad que aduce el reclamante sobre el traslado directo hacia dicho hospital.

Por lo anterior, el SUC no puede activar más recursos de los que tiene contratados. En este caso, la fatídica casualidad hizo coincidir en franja horaria dos emergencias para recursos aéreos, lo que en absoluto es achacable a negligencia alguna por parte del SUC, que hizo una coordinación de recursos impecable.

El SIP añade a este informe que el traslado efectivamente realizado desde que lo recogieron a las 22:09 h hasta la llegada al HUNSC 00:15 h requirió 2 horas y 6 minutos.

Teniendo en cuenta que a las 18:50 h desde el HINSR se activa petición de evacuación urgente al HUNSC a través del 1-1-2, y suponiendo que a esa misma hora el helicóptero ya se encontrara en el aeropuerto de El Hierro y la ambulancia de soporte vital avanzado estuviera recogiendo al paciente en el hospital, esto es, transferencia del paciente por parte del personal médico hospitalario al personal médico del recurso aéreo (recepción del paciente, valoración clínica del mismo, monitorización adecuada y desplazamiento) garantizando con ello el adecuado traslado aéreo, desde la 18:50 h + 2 horas y seis minutos nos situamos en las 20:56 h.

El agravamiento del paciente a las 19:05 h por parada respiratoria y especialmente a las 20:35 h que produjo hipotensión y requirió iniciar tratamiento farmacológico con Dopamina ev, presentando entonces midriasis bilateral arreactiva (síntoma de muerte encefálica), se habría producido antes de llegar al HUNSC y por ello, sin expectativa de tratamiento quirúrgico favorable.

Conclusiones

La atención prestada en el Centro de Salud, en la fecha 6 de agosto de 2020, fue correcta siendo las circunstancias clínicas en la que se encontraba el paciente en el momento de los hechos la que determinó la decisión médica adoptada valorando conforme a los

síntomas presentados por el paciente de 15 años, no siendo válido, pues, que a partir del diagnóstico final obtenido se considere las medidas que pudieron haberse puesto, ya que ello supondría incurrir en la prohibición del regreso.

No existió negligencia alguna por parte del SUC, cuya coordinación de recursos fue correcta. Aunque el traslado se hubiera producido en el momento de su activación, el resultado final hubiera sido el mismo.

La STS nº 540/14, de 20 de junio, explica en qué consiste la "prohibición de regreso" , doctrina aplicable al caso que nos ocupa, así: "Interesa destacar lo que la doctrina jurisprudencial denomina "prohibición de regreso", a la que alude la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de mayo del dos mil once o la de 7 de mayo del dos mil siete, cuando dice que "no puede cuestionarse el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi (leyes) del razonamiento práctico". Por tanto, como dice la Sentencia del 26 de abril del dos mil trece de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su sede de Valladolid, "no es posible sostener la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, sólo mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente, ya que dicha valoración ha de efectuarse según las circunstancias en el momento en que tuvieron lugar; en definitiva, es la situación de diagnóstico actual la que determina la decisión médica adoptada, valorando si, conforme a los síntomas del paciente, se han puesto a su disposición las exploraciones diagnósticas indicadas y acordes a esos síntomas, no siendo válido que a partir del diagnóstico final se considere las que pudieron haberse puesto si en aquel momento esos síntomas no se daban".

En un caso de reanimación cardiopulmonar en un centro hospitalario, el TSJ de Galicia estimó: " (...) lo que interesa es analizar si, en función de los síntomas que la paciente presentaba, se ha adecuado a la "lex artis ad hoc" la asistencia prestada a la señora (…) Y ya hemos visto que no existe fundamento para considerar que no se han puesto a disposición de la paciente los medios de la sanidad pública para tratar de afrontar la patología de la señora (...) Otra cosa diferente es que no se haya podido evitar el daño, pero es que estamos en presencia de una obligación de medios, no de resultado, de modo que lo decisivo no ha de ser la producción del resultado dañoso que en este caso no ha podido ser evitado" (TSJ de Galicia 126/2020 de 18 de marzo)».

4. 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 [art. 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 entiende que es conforme a Derecho.