Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 7 0 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 24 de junio de 2024.

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 (...) en nombre y representación de (...), (...), (...), (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 303/2024 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 15 de marzo de 2019 a instancias de (...), en nombre y representación de (...), (...), (...), (...) y (...), por los presuntos daños ocasionados como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a su difunto hermano -(...)- por el Servicio Canario de la Salud.

2. Se reclama una indemnización por importe de 150.000 euros, cantidad que determina el carácter preceptivo del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la titular de la Consejería de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación tanto la citada LPACAP como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen

[*] **Ponente: Sra. Luengo Orol.**

Jurídico del Sector Público (en adelante, 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 (en adelante, LOSC); 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; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

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

4.1. En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su dictamen n.º 504/2021, de 21 de octubre (con cita, entre otros, de los Dictámenes anteriores 449/2021, de 23 de septiembre y 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 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"" (...) »».

A la luz de la doctrina anteriormente expuesta, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa de los hermanos del Sr. (...) para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños derivados de su óbito [art. 4.1 letra a) LPACAP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria. Además, actúan mediante representante debidamente acreditado (art. 5 LPACAP).

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».

4.2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el SCS, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. 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) LOSC.

A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos de este Servicio.

7. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año establecido en el art. 67 LPACAP, pues se presenta el 15 de marzo de 2019 habiéndose producido el

fallecimiento de (...) el día 18 de marzo de 2018, por lo que la reclamación no se encuentra prescrita.

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

9. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que impida un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. Los reclamantes promueven la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada a su hermano -(...)-.

A este respecto, exponen en su reclamación inicial los siguientes hechos:

«PRIMERO- Mi representada es hermana de (...), quien el pasado día 16 de marzo de 2018, acudió al Servicio de Urgencias del centro de Salud de Maspalomas por dolor abdominal de 1 semana de evolución, tratándolo en ese momento con Metamizol 2G (amp 5ml), siendo dado de alta ese mismo día a las 7:45 horas, poniendo en el informe que en caso de no mejorar acuda nuevamente al Servicio. Se aporta Informe clínico como DOCUMENTO NÚMERO UNO.

Esa misma tarde, el hermano de mi mandante, (...), continuaba con fuertes dolores por lo que siendo sobre las 18:29 horas acude nuevamente a urgencias, esta vez al Hospital (...) donde es atendido por otro facultativo. Allí permanece hasta las 05:10 horas del día 17 de marzo, administrándole diversos medicamentos y realizándole una única prueba consistente en Analítica de sangre. Se aportan dichos documentos como DOCUMENTOS DOS Y TRES.

Como es obvio, se le dio el alta aun cuando el mismo seguía diciendo que sentía dolor.

Siendo que el día 18 de marzo entre las 00:00 y las 06:00 fallece en su domicilio, concluyendo el informe preliminar de autopsia que la causa fundamental del fallecimiento es APENDICITIS AGUDA. PERITONITIS, siendo el inmediato shock séptico. Se aporta informe de autopsia como DOCUMENTO NÚMERO CUATRO.

SEGUNDO: Por esta representación en fecha 9 de mayo de 2018 se interpuso querella por imprudencia grave con resultado de muerte que se está instruyendo por el Juzgado de Instrucción Número Dos (Antiguo Mixto Número 7) de San Bartolomé de Tirajana, Diligencias Previas número 2697/2018. Se deja desde ya interesado los archivos de dicho Juzgado a fin de acreditar estos hechos.

TERCERO. - A la vista de todo lo acaecido, (...) solicitó al Centro Hospitalario información acerca de lo sucedido sin mediar explicación alguna por parte del personal del Servicio.

Entiende el que suscribe que los responsables de velar por la seguridad y asistencia de los pacientes del Centro Hospitalario no llevaron a cabo una actuación correcta en tanto en cuanto, (...), un paciente que ingreso por un dolor y que fue dado de alta en varias ocasiones termino falleciendo por un hecho que no tiene que ver con su ingreso sino por un descuido o negligencia en la forma en la que fue cuidada o vigilada por el personal adscrito al Servicio Canario de Salud y que en ese momento prestaba su servicio en el Centro Hospitalario.

En suma, el propio centro hospitalario emite informe de alta y en menos de 24 horas se produce el exitus, que entendemos se produce consecuencia de algún tipo de negligencia en la actuación del personal del Centro Hospitalario pues deben, cuanto menos, velar por el estado y situación del paciente lo que llevaría como es evidente a evitar situaciones como la que hemos relatado».

2. En el presente asunto, además, es preciso reproducir el relato de los hechos que obra en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud (SIP), emitidos con ocasión del presente expediente de responsabilidad patrimonial.

« (...) Paciente hombre con fecha de nacimiento 07.12.66, que en la fecha viernes 16 de marzo de 2018 alrededor de las 07:00 h acude al Servicio de urgencias del Centro de Salud de Maspalomas por dolor abdominal de una semana de evolución, náuseas ocasionales y estreñimiento en relación con la toma de codeína por contusión costal que sufrió el 25.02.18.

Codeína es un analgésico opiáceo que puede causar una variedad de efectos en el tracto gastrointestinal, más comúnmente náuseas / vómitos y estreñimiento.

A la exploración: Buen estado general (sin palidez, sudoración, disminución del nivel de consciencia o hipotensión, (...)). Abdomen blando, depresible (no abdomen en tabla, sin irritación peritoneal), sin masas ni megalias. Ruídos hidroaéreos presentes (descarta obstrucción intestinal) y timpanismo (presencia de aire, sin masas). Dolor a la palpación profunda en Fosa iliaca derecha. Blumberg (El signo de Blumberg es la descompresión brusca dolorosa del abdomen y puede revelar irritación peritoneal) no valorable.

Como prueba complementaria se practica radiografía abdominal con hallazgos consecuentes con la sintomatología con patrón de gas intestinal y abundantes heces. La presencia de heces en marco cólico es una causa habitual de dolor abdominal en urgencias.

En este momento se trataba de un dolor abdominal que trás exploración física y prueba complementaria el cuadro era compatible con un proceso de estreñimiento sin que inicialmente planteara la posibilidad de otro diagnóstico.

Se administra tratamiento analgésico y se pauta laxante osmótico, dieta blanda y abundantes líquidos con indicación de volver en caso de no mejoría y/o agravamiento de síntomas.

Esta asistencia médica ha sido adecuada, siendo relevantes la sintomatología, la exploración (no signos de irritación peritoneal) y la radiografía concordante con el diagnóstico de sospecha.

B.- El mismo día 16 de marzo a las 18:39 h. acude al Servicio de Urgencias del HSRM por dolor en miembro inferior derecho. NO existe dolor abdominal. Comenta que le pincharon en glúteo izquierdo (probablemente en relación con la medicación administrada horas antes en el centro de salud) y de pronto inicia dolor en miembro inferior derecho.

A la exploración consciente y orientado, constantes normales. El paciente se encuentra ansioso y responde a administración de benzodiazepinas (Tiaprizal). Pulsos distales conservados con buen relleno capilar en miembro inferior derecho.

00:51 h. Se realiza analítica con hemograma, bioquímica y pruebas de coagulación, sin alteración de parámetros inflamatorios (leucocitosis, neutrofilia, (...)) que indujera siquiera sospecha de proceso agudo abdominal o de otra índole.

Un paciente con cifras normales de leucocitos es poco probable que tenga apendicitis. El recuento leucocitario se halla elevado en un 87-92% de los pacientes con apendicitis aguda. Sin embargo, también puede estar elevada en otros muchos procesos abdominales. Al contrario, la neutrofilia (>75 %) se asocia con apendicitis en los estadios complicados. En nuestro caso no existió elevación de dichos parámetros sanguíneos.

Con la manifestación de síntomas, exploración efectuada y resultados de la analítica realizada, en ningún caso existió indicación de efectuar prueba diagnóstica de imagen como ecografía o Tac abdominal ante un dolor en miembro inferior derecho.

Se pauta tratamiento analgésico y relajante muscular con indicación de reposo funcional y acudir a urgencia en caso de complicaciones.

Es alta hospitalaria a las 05:10 h ya del día 17.03.18

C.- Es exitus el día 18 de mayo[1], 24 horas después de abandonar el centro sanitario. Se desconoce la evolución y situación del paciente en ese tiempo.

D.- En informe preliminar de autopsia se estableció que la causa del fallecimiento es apendicitis aguda, peritonitis, shock séptico. No se dispone del informe definitivo de autopsia».

Asimismo, el SIP en atención a las anteriores consideraciones alcanza las siguientes conclusiones:

«1.- Entendemos que del análisis de la documentación clínica recabada, así como de los términos y expresiones utilizados para la resolución del orden penal Diligencias Previas 2697/2018 procede afirmar que la atención sanitaria proporcionada fue adecuada

2.-Se emite informe desfavorable».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial que constan practicados son los siguientes:

- El procedimiento comenzó mediante la presentación el día 15 de marzo de 2019 del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada por (...), en nombre y representación de (...), en el ámbito del SCS.

- Con fecha 26 de marzo de 2019, se requiere a la reclamante a fin de que subsane y mejore la reclamación formulada, presentándose escrito, con fecha 17 de abril de 2019, aportando la documentación requerida e identificando a los restantes interesados (causahabientes), quienes acompañan escrito personándose en el procedimiento.

- El día 2 de mayo de 2019 se dicta Resolución de la Secretaría General del SCS por la que se admite a trámite la reclamación de los interesados y se acuerda suspender la tramitación del procedimiento hasta que por los reclamantes se aporte testimonio completo de las Diligencias Previas n.º 2697/2018 seguidas ante el Juzgado de Instrucción número Dos de San Bartolomé de Tirajana y, en su caso, resolución judicial firme que hubiese puesto fin al procedimiento penal incoado a resultas de dichas diligencias.

- Con fechas 17 de marzo y 5 de abril se requiere a los reclamantes para que en el plazo de diez días informen sobre el estado en que se encuentran las Diligencias Previas n.º 2697/2018.

[1] Debe decir 18 de marzo de 2024.

Requerimiento que fue atendido mediante escrito presentado el día 4 de mayo de 2023, en el que se aportaba Auto de Sobreseimiento Provisional de fecha 11 de noviembre de 2021 dictado por el Juzgado de Instrucción número Dos de San Bartolomé de Tirajana en las Diligencias Previas n.º 2697/2018, así como Auto de fecha 13 de julio de 2022 dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el Rollo de Apelación 195/2022, por el que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra el indicado Auto de Sobreseimiento Provisional, confirmando el mismo.

- Con fecha 8 de mayo de 2023 se dicta Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud por la que se levanta la suspensión del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se acuerda solicitar, a través del SIP, el informe del servicio causante de la presunta lesión indemnizable.

El citado informe se emite con fecha 28 de septiembre 2023, y a él se acompaña copia de la historia clínica de Atención Primaria y del Hospital San Roque Maspalomas, así como informe del Servicio de Urgencias e Informe del Servicio de Cirugía ortopédica y Traumatología de fecha 21 de julio de 2023.

- Con fecha 20 de febrero de 2024, se dicta Acuerdo sobre periodo probatorio, admitiéndose como pruebas la documental interesada por los reclamantes, e inadmitiendo, por resultar innecesaria, la testifical de (...) y (...) al contar sus declaraciones como testigos en las Diligencias Previas n.º 2697/2018 que serán aportadas al procedimiento.

- Ultimada la instrucción del procedimiento, con fecha 26 de marzo de 2024 se acordó el preceptivo trámite de audiencia a los interesados quienes formulan alegaciones dentro del plazo conferido aportando Testimonio de las Diligencias Previas n.º 2697/2018.

- A juicio del órgano instructor, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en el caso que nos ocupa no resulta preceptivo el informe de la Asesoría Jurídica Departamental, dado que las cuestiones de derecho planteadas ya han sido resueltas en anteriores informes por el Servicio Jurídico.

- Con fecha 9 de mayo de 2024 se emite Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación formulada por los interesados.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. 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».

3. 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 idéntico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: *«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.*

Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Ha de tenerse en cuenta, por tanto, que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

En este mismo sentido se ha decantado este Consejo Consultivo de Canarias. Así, se ha de traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, 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 van 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».

4. En el presente procedimiento la pretensión resarcitoria de los reclamantes se fundamenta en que el fallecimiento de su hermano -(...)- fue consecuencia directa de una actuación negligente de los servicios sanitarios, al no prestar la debida diligencia a la hora de diagnosticar y tratar al paciente que, según ellos, acudió en varias ocasiones con fuertes dolores abdominales, falleciendo poco después de una peritonitis aguda que afectó a tejido periapendicular, lo cual dio lugar a una sepsis y fallecimiento por shock séptico, tal como se determinó en el informe de autopsia médico legal.

Sin embargo, a pesar de tales manifestaciones, los reclamantes no aportan material probatorio que sostenga su pretensión, más allá del testimonio de las Diligencias Previas n.º 2697/2018 que fueron sobreseídas.

A este respecto, se ha de recordar que este Consejo Consultivo ha reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictámenes 87/2019, de 13 de marzo y 219/2020, de 3 de junio) que, según el art. 32.1 LRJSP, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

Pues bien, en el presente supuesto, de la documentación obrante en el expediente, en relación con la asistencia sanitaria prestada al hermano de los reclamantes por el Centro de Salud de Maspalomas el día 16 de marzo sobre las 07:00 horas, se objetiva que el paciente consulta por dolor abdominal de una semana de evolución, náuseas ocasionales y estreñimiento en relación con la toma de codeína por contusión costal que sufrió el 25 de febrero de 2018. Hay que tener en cuenta, que la codeína es un analgésico opiáceo que puede causar una variedad de efectos en el tracto gastrointestinal, más comúnmente náuseas, vómitos y estreñimiento.

A la vista de estos síntomas, por parte del Centro de Salud se le practican pruebas exploratorias que se complementan con una radiografía abdominal, en la que se objetivan hallazgos consecuentes con la sintomatología con patrón de gas intestinal y abundantes heces. Asimismo, debe tenerse en cuenta también que la presencia de heces en el marco de un cólico es una causa habitual de dolor abdominal en los servicios de urgencias.

Finalmente, se le administra tratamiento analgésico y se le pauta laxante osmótico, dieta blanda y abundantes líquidos con indicación de volver en caso de no mejoría y/o agravamiento de los síntomas.

Tal como señala el Informe del SIP *«en este momento se trataba de un dolor abdominal que tras la exploración física y prueba complementaria el cuadro era compatible con un proceso de estreñimiento sin que inicialmente planteara la posibilidad de otro diagnóstico. Esta asistencia médica ha sido adecuada, siendo relevantes la sintomatología, la exploración (no signos de irritación peritoneal) y la radiografía concordante con el diagnóstico de sospecha».*

Posteriormente, el mismo día 16 de marzo pero a las 18:39 horas, acude al Servicio de Urgencias del Hospital (...) por dolor en miembro inferior derecho, tal como consta en el parte médico obrante en el expediente, comentando que le pincharon en glúteo izquierdo y de pronto inicia dolor en miembro inferior derecho.

El informe del facultativo que lo atendió indica que el paciente consulta por dolor en miembro inferior derecho y presenta además un estado de agitación relacionado con el síndrome de abstinencia alcohólica. Sin que en momento alguno refiera tener dolor abdominal, tal como se puede advertir en el referido informe.

En el Hospital (...) se le realiza una analítica, que incluía hemograma, bioquímica y pruebas de coagulación, que presentaron valores dentro de la normalidad, sin alteración de parámetros inflamatorios (leucocitosis, neutrofilia, (...)) que indujeran a sospechar siquiera de proceso agudo abdominal o de otra índole. Además, tal como informa el SIP, un paciente con cifras normales de leucocitos es poco probable que tenga apendicitis, ya que en los pacientes con apendicitis aguda el recuento leucocitario se encuentra elevado en un 87-92 % de los casos. Y, al contrario, la neutrofilia (>75 %) se asocia con apendicitis en los estadios complicados. Sin embargo, en el presente caso no existió elevación de dichos parámetros sanguíneos.

A pesar de tales resultados, el paciente permaneció en observación en el Hospital (...) hasta las 05.10 horas del día 17 de marzo (un total de diez horas y treinta y nueve minutos) pautándose tratamiento intravenoso con analgesia y tranquilizantes con el objeto de paliar su síndrome de abstinencia.

En relación con esta asistencia, el informe del SIP sostiene que *«Con la manifestación de síntomas, exploración efectuada y resultados de la analítica realizada, en ningún caso existió indicación de efectuar prueba diagnóstica de imagen como ecografía o*

Tac abdominal ante un dolor en miembro inferior derecho. Se pauta tratamiento analgésico y relajante muscular con indicación de reposo funcional y acudir a urgencia en caso de complicaciones».

Las anteriores consideraciones nos llevan a considerar que, en el presente caso, no se aprecia negligencia en la asistencia sanitaria prestada, toda vez que el juicio diagnóstico se realizó en función de los síntomas que presentaba el paciente, realizándose las pruebas que se estimaron necesarias para obtener un diagnóstico certero, sin que existieran datos que permitieran sospechar de la presencia de apendicitis. Así, el paciente consultó en una primera ocasión por dolor abdominal en relación con la toma de codeína, siendo los síntomas que presentaba los propios de los efectos secundarios de su ingesta (estreñimiento), objetivándose en la radiografía abdominal abundante presencia de gases y heces que confirmaron este diagnóstico. Y, en una segunda ocasión, consultó por dolor en una pierna y no por dolor abdominal, a pesar de lo cual se le realizaron analíticas que no indicaron ningún valor inflamatorio anormal que hicieran pensar en una posible apendicitis (ni leucocitosis, ni neutrofilia), de tal modo que las pruebas clínicas realizadas no arrojaron un resultado que hiciera sospechar la patología que, desgraciadamente, finalmente padeció.

En este sentido, se debe recordar que el diagnóstico clínico se realiza en función de los síntomas que presenta el paciente en el momento de la exploración y permiten al facultativo decidir la realización de pruebas diagnósticas que, a su vez, perfilan el diagnóstico final.

Este Consejo Consultivo, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, en relación con la *«prohibición de regreso»* a la hora de valorar un diagnóstico y una actuación médica inicial, ha manifestado (por todos, Dictámenes 294/2020, de 13 de julio; 256/2020, de 25 de junio y 282/2019, de 23 de julio), que: *«Este Consejo Consultivo, en asuntos similares, ha señalado, como se hace en los DDCC 374/2015 y 85/2016, entre otros, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en relación con la "prohibición de regreso" a la hora de valorar un diagnóstico y una actuación médica inicial, que sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad, o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006; 19 de octubre 2007); todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la*

prohibición de regreso que imponen los topoi (leyes) del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, y 7 de mayo de 2007)».

Asimismo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife de 3 de junio de 2021 ha razonado que: *«Señala reiterada jurisprudencia que con carácter general ha de ponerse de manifiesto la improcedencia de reproches asistenciales que se funden en el análisis retrospectivo de la asistencia médica a partir del resultado luego conocido, incurriendo así en la prohibición de regreso -por todas, Sentencia de 22 de noviembre de 2013 (JUR 2013, 371379) ,recurso 741/2010-, doctrina en cuya virtud debe tenerse en cuenta que en sede de responsabilidad patrimonial por defectuosa asistencia sanitaria no es factible cuestionarse el diagnóstico inicial de un paciente si el reproche se realiza exclusiva o primordialmente fundándose en la evolución posterior y , por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico. A esta prohibición de regreso desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico se refieren las SSTS, Sala 1ª, de 14 y 15 de febrero de 2006 (RJ 2006, 692) , 7 de mayo de 2007 , 29 de enero de 2010 , y 20 de mayo y 1 de junio de 2011; es decir, 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 (...) ».*

Y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de 20 de octubre de 2021 señala, en el mismo sentido, que: *«No es posible el regreso para la valoración de la prueba, sino que es necesario situarnos en el momento en el que se adopta la decisión médica con los elementos que se disponían, no con las certezas que se obtienen despues. A efectos jurídicos no es posible reprochar la actuación de los facultativos ni considerar la intervención quirúrgica realizada como innecesaria o inadecuada salvo que se incurra en el error de valorar la prueba regresando al pasado con un elemento para adoptar la decisión del que se carecía. Esto es, la "prohibición de regreso" (...) que impide sostener la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, sólo mediante una regresión a partir del resultado posterior. La valoración de la prueba y de las decisiones médicas adoptadas ha de efectuarse según las circunstancias concurrentes en el momento en que tuvieron lugar».*

La doctrina expuesta es plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa, en el que se cuestiona toda la actuación médica a partir del informe de autopsia. Sin embargo, de la prueba obrante en el expediente consta que el paciente -hermano de los reclamantes- fue atendido adecuadamente en todo momento y se le dio respuesta a la sintomatología que presentaba. En definitiva, no consideramos que se pueda

acoger el reproche a la insuficiencia de pruebas diagnósticas con el conocimiento de los datos que se obtuvieron tras el fallecimiento del paciente, puesto que a los datos que hemos de atender para determinar si existe mala praxis es a la decisión médica adoptada teniendo en cuenta la sintomatología del paciente en el momento en que se adoptó el tratamiento.

Por último, la causa final del fallecimiento fue una peritonitis aguda que dio lugar a una sepsis produciéndose el fallecimiento por shock séptico, cuadro clínico que no era predecible o sospechable según los informes aportados al no tener el paciente síntomas que pudieran orientar a los facultativos a considerar dicho diagnóstico, tal como se ha tenido ocasión de analizar en el presente Dictamen.

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

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina conforme a derecho la Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación sanitaria de los interesados, por los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.