Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 4 8 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 25 de julio 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 representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 399/2024 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, es estudiar la conformidad o no de la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 17 de septiembre de 2020 a instancias de (...), en nombre y representación de (...), por los presuntos daños ocasionados como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

2. Se reclama una indemnización por importe de 50.000 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 Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de

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

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, en el presente procedimiento se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de la interesada, al sufrir en su esfera personal el daño por el que se reclama [art. 4.1.a) LPACAP]. Además, actúa debidamente representada por abogado (art. 5 LPACAP).

4.2. La legitimación pasiva le corresponde a la Consejería de Sanidad de 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 17 de septiembre de 2020 respecto de un daño que quedó determinado el día 31 de octubre de 2019, 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. La reclamante promueve 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 este respecto, expone en su reclamación inicial los siguientes hechos:

«PRIMERA.- De la Lesión Producida.

1.- El largo calvario padecido por quien suscribe comienza en el año 2013, al empezar a sentir en abril-mayo de ese año, vértigo, sensación de giro de objetos, con vómitos que duran aproximadamente dos meses, y es a a partir de ese momento, cuando comienzo a sentir la bajada de un líquido salado por la garganta y la nariz, y como consecuencia de todo ello, soy vista por otorrinolaringólogo del CAE La Laguna, y por el servicio de neurocirugía del mencionado centro sanitario, realizándome RM cerebral en 2013, que no muestran alteraciones significativas. El neurólogo solicita análisis de Beta 2 Transferrina, y en 2014 en consulta, dice que en los resultados de la misma no detecta bandas compatibles con líquido encefalorraquídeo. Me dicen entonces, que me realizarán una cisternografía, que posteriormente me comentan que no se puede hacer al aparecer neuroimagen normal y beta-lactoferrina negativa, lo que en principio descarta posibilidad de fístula de LCR. En ese momento, yo le comento que tengo a mi madre enferma y que me quiero ir a cuidarla trasladándome en avión, recomendándome el facultativo que no es recomendable, hasta que se confirme la fístula; mi madre padece un proceso de degeneración tras un ictus, sin haberme podido trasladar y estar con ella, el seguir el consejo del neurólogo. En 2015, me derivan a Neurocirugía para valoración dado que yo continúo con la pérdida de líquido mencionada (...) .

2.- En junio de 2015, empiezo consulta con Neurología, solicitándome TAC cráneo cortes finos y RM con contraste. El 29 de septiembre el facultativo refiere: "las imágenes obtenidas muestran una mayor presencia de líquido en la parte superior de la fosa nasal derecha y celdillas etmoidales derechas, observándose una muy probable fístula en la vertiente anterior y lateral derecha de la lámina cribosa, adyacente a este líquido". Como consecuencia de ello, me ponen en lista de espera de intervención quirúrgica para reparación de fístula (...) .

3.- En noviembre de 2015, me realizan las pruebas de preanestesia (...) .

4.- Al pasar el periodo de preanestesia, sin recibir ninguna información sobre la intervención, sin que nadie se ponga en contacto con quien suscribe, ni me informe de nada, acudo a mi médico de cabecera, quien el 3 de agosto de 2016, realiza interconsulta a neurología, que es contestada diciendo que se me derivará a neurocirugía que es quien lleva mi caso (...) .

5.- En agosto de 2016, acudo a consulta de neurocirugía, con los mismo síntomas y con dolores de cabeza aún más frecuentes, derivándome a Otorrinolaringología para agotar vía transnasal para el tratamiento de la fístula y solicitándome TAC craneal de control de las cefaleas (...) .

6.- El 22 de agosto de 2016, en la consulta de Otorrinolaringología, tras unas pruebas diagnósticas se objetiva a nivel de axila de cornete medio derecho a nivel de receso frontal, al toser, salida de líquido claro. Por fin, después de más de 3 años, se confirma definitivamente lo que vengo manifestando desde 2013, y se demuestra que no estoy loca, ya que efectivamente pierdo líquido encefalorraquídeo, y que no me invento nada: ni el sabor salado continuo, ni la salida de líquido por la garganta o nariz, e incluso por los ojos, el mal aliento continuo, etc (...)

Además, la facultativa solicita TAC de seno paranasales para programación de intervención quirúrgica y comenta que me citará para ver los resultados y explicar la intervención que se realizará y que hablará con neurocirugía para comentarles su diagnóstico y ver el caso. En la historia clínica, en el apartado de juicio diagnóstico, la Doctora manifiesta: "se recomienda valoración en cirugía con maniobra de Valsalva o fluoresceína y se observa defecto hacer reconstrucción endonasal" (...) .

7.- Al no recibir nuevamente ninguna noticia sobre el procedimiento, durante un largo tiempo, presento en junio de 2017, reclamación en el HUC, de la que no recibí respuesta alguna (...) .

8.- Presento entonces, reiteración en julio de 2019, por falta de respuesta en la ODUSS, remitiéndome en trámite de audiencia informe del Servicio de neurocirugía de 2017, en el que se me comunica entre otras cosas que "la cirugía transcraneal debe realizarse sólo en el caso de que no se logre un buen resultado con el tratamiento propuesto por ORL por vía endonasal. Por este motivo no hemos llamado a la paciente para cirugía". Cosa esta última que sorprendió a quien suscribe, porque nunca se le facilitó esa información, y solo a través de la reiteración de mi reclamación, tuve conocimiento de esta opinión médica, más de 2 años después (...) .

9.- Finalmente, el día 31/10/2019, tras más de 6 años de lucha y desesperación por parte de quien suscribe, se procedió por el servicio de Neurocirugía a realizar endoscopia, realizando medialización de cornete medio derecho, se localiza receso frontal y apertura de bulla etmoidal y agger nasi. Tras realizar maniobras de valsalva no se objetiva fuga de LCR teñido, ni en lamela lateral de inserción de cornete medio, ni en etmoides anterior ni frontal

(receso). Se realiza exploración en toda la fosa nasal, meatos medios, superiores y receso esfenoetmoidal bilateral, sin observar fuga de LCR teñido. A continuación se coloca surgicell fibrilar en agger nasi derecho. Se realiza taponamiento nasal 8cm en dedo de guante. En ese momento no se objetiva fístula de LCR. Finalmente, se retira el taponamiento nasal el día 3/11/2019 (...) .

10.- Actualmente, estoy dada de alta para continuar control ambulatorio, si bien lo verdaderamente cierto, es que continúo sintiendo, aunque ahora de manera esporádica, la bajada del referido líquido.

SEGUNDA.- De la relación de causalidad entre las lesiones producidas y el funcionamiento normal o anormal del Servicio Público.

De lo expuesto en el apartado anterior, resulta indudable la relación de causalidad entre el mal y tardío funcionamiento de ese Servicio Público, y los daños tanto físicos, como morales, producidos durante estos largos años, en los que he padecido una pérdida de líquido cefalorraquídeo, por nariz, garganta y ojos, con un sabor salado, que no me ha permitido ni saborear las comidas, teniendo una sensación continua de mal aliento, que ha afectado tanto a mis relaciones personales, como de pareja y familiares, conviviendo además, con el continuo miedo y la ansiedad de que alguna infección pudiera llegar a afectar mi cerebro, al tener esa "fisura", por la que fluye el líquido, y sin poder viajar en avión para poder ver a mi madre, que lamentablemente ha fallecido sin que pudiera reunirme con ella, y demás familia, y siempre con la incertidumbre de qué iban a hacer conmigo, etc (...) (...) ».

2. En el presente asunto, además, es preciso reproducir el relato de los hechos y las conclusiones que obran:

2.1. En el informe del Servicio de Otorrinolaringología del HUC de fecha 11 de diciembre de 2020, emitido con ocasión del presente expediente de responsabilidad patrimonial.

« (...) La paciente (...) fue vista en CAE La laguna (San B.) 16/8/2013, al cual acudió remitida por su médico de atención primaria por sintomatología otológica, y en la cual describe hidrorrea salada posterior contínua, no objetivándose ni fuga de LCR ni fístula.

Fué remitida a nuestra consulta de rinología el 8/8/2016 por parte de neurocirugía para valoración endonasal por sospecha de fístula de LCR.

En dicha consulta la paciente refiere cuadro de hidrorrea desde hace unos 3 años que fue estudiada entonces y no objetivaron lesiones. (RMN sin hallazgos patológicos y Beta2 transferrina negativo, realizadas por el servicio de neurología)

La paciente acude de nuevo a neurocirugía por licuorrea nasal frecuente con esfuerzos, movimientos cefálicos y ducha tibia. No insuficiencia respiratoria nasal, no anosmia ni epistaxis. Hidrorrea posterior con sabor "salado".

La paciente aporta varias pruebas de imagen, como RMN donde informan "muy probable fístula en la vertiente anterior y lateral derecha de lámina cribosa". En la exploración física mediante nasofibroendoscopia flexible se objetiva: ángulo nasoseptal derecho (techo libres). A nivel de axila de cornete medio derecho, a nivel de receso frontal, salida de líquido claro-hidrorrea.

Por tal motivo, se solicita TAC de senos paranasales de corte fino y acudir con resultados.

El 22/8/2016 la paciente acude con resultado de TAC senos paranasales que informa: Se realiza estudio de senos paranasales con posteriores reconstrucciones multiplanares, observando un engrosamiento mucoso basal de ambos senos maxilares así como en celdillas etmoidales anteriores derechas y posteriores bilaterales. Desviación derecha del tabique nasal óseo.

Dados los antecedentes de la paciente se aconseja visualización en quirófano mediante cirugía endoscópica nasosinusal con fluoresceína intratecal previa a la cirugía para diagnóstico y tratamiento de dicha patología si fuera positiva.

El 7/10/2019 la paciente vuelve a ser remitida de forma urgente por el servicio de neurocirugía para valoración prequirúrgica. Se decide conjuntamente realizar cirugía endoscópica nasosinusal previa infiltración fluoresceína intratecal para valoración existencia de defecto. Se explica intervención y complicaciones, firma consentimientos y se incluye en lista de espera quirúrgica.

Se realiza cirugía endoscópica nasosinusal bajo anestesia general el día 31/10/2019, donde no se visualiza fuga de LCR teñido con fluoresceína, por lo que se concluye la no existencia en dicho momento de fístula de LCR.

La paciente acude a revisión postquirúrgica sucesiva los días 18/11/2019, 27/1/2020 y 3/11/2020 no objetivando fuga de LCR y solo refiriendo hidrorrea ocasional.

Por tal motivo y una vez descartada patología se decide alta de este servicio el 3/11/2020.

Ante los hechos que se relatan en la denuncia y revisado el informe de la Dra. (...), y responsable de su intervención de cirugía endoscópica transmitir las siguientes consideraciones:

Los síntomas relatados por la paciente de líquido con sabor salado que cae por garganta y nariz corresponde a múltiples patologías nasales, que van desde los catarros comunes, sinusitis, rinitis crónicas y otras, menos comunes.

Igualmente las cefaleas son comunes a patología variada rinológica y neurológica. El mal aliento que ha dificultado la vida social de la paciente está presente en pacientes con patologías de múltiples orígenes, y no es demostrable su causa en la patología ORL, incluso digestiva, estando presente en sujetos sin síntomas. Con lo cual es difícil imputarla a su hidrorrea. Hay muchísimos pacientes con los síntomas relatados por la demandante que no refieren, ni sufren ese mal aliento.

En la exploración ORL donde se describe que la toser se aprecia hidrorrea que sale del receso frontal, pude corresponder a posible fístula de LCR, pero también a retención de moco claro en senos paranasales que al esfuerzo de la tos salgan de sus correspondientes cavidades.

En la fecha de la cirugía practicada los síntomas parecen estaban presentes, y en la cirugía practicada no se objetiva ni fístula, ni salida de líquido cefalorraquídeo. Es difícil suponer que si hubiera habido dicha fístula con los síntomas y signos descritos, hubiera cerrado sola.

Por lo que pensamos que los síntomas relatados por la paciente, incómodos y muy comunes no se puede demostrar que sean producidos por una fístula de LCR que además no se ha objetivado con Cirugía endoscópica y pruebas durante la misma. Es más dudamos de la existencia de dicha fístula, ya que estando con los síntomas que la paciente relata, no cierra sola y no se objetiva quirúrgicamente.

Las pruebas radiológicas que ofrecen resultados dispares son complementarias y en muchos casos en los informes contemplan valorar en el contexto de exploración, síntomas y cirugía. De hecho, se pueden encontrar hallazgos como discontinuidad en láminas óseas, asintomáticos y que se valoran con exploración y cirugía».

2.2. En el informe del Servicio de Neurocirugía del HUC de fecha 25 de noviembre de 2020, emitido con ocasión del presente expediente de responsabilidad patrimonial. (Folio 80 del expediente)

«Paciente mujer que fue remitida a nuestro servicio para continuar estudio de salida de líquido cefalorraquídeo a través de la fosa nasal que comenzó 2013 con neurología y otorrinolaringología.

En junio de 2015 la paciente es valorada por primera vez, refiriendo clínica compatible por lo que se solicitaron pruebas radiológicas pertinentes. En la RM cerebral que se realiza en septiembre de 2015 se informa: "Las imágenes obtenidas muestran una mayor presencia de líquido en la parte superior de la fosa nasal derecha y celdillas etmoidales derechas, observándose una muy probable fístula en la vertiente anterior y lateral derecha de la lámina cribosa, adyacente a este líquido". Dada la sospecha clínica y los hallazgos

radiológicos, la paciente es puesta en lista de espera para realizar una craneotomía frontal con exploración y reparación de la fístula. La paciente pasa la preanestesia en noviembre.

En agosto de 2016 sin, haber sido intervenida quirúrgicamente, la paciente refiere empeoramiento clínico consistente en cefaleas más frecuentes por lo que se realiza Tc craneal sin objetivarse complicaciones. Teniendo en cuenta que en esas fechas ya disponíamos de técnicas endoscópicas que permiten evitar en algunos casos la cirugía craneal clasical, se organizó una cita precoz con otorrinolaringología (endoscopia) para su evaluación.

Tras valoración por parte de otorrinolarongología y realización de una exploración rinoscópica en su consulta, se objetivó salida de líquido claro a nivel de la axila del cornete medio derecho. Por este motivo, le fue solicitado un TC de senos paranasales para planificación quirúrgico y se le recomendó realizar en quirófano una exploración endoscópica y eventual reconstrucción endonasal. También, según consta en el comentario de la consulta, se cita con resultados para explicar intervención y firmar consentimiento pero no hay constancia de este hecho.

La paciente se pone en contacto nuevamente con nosotros en 2019 refiriendo que está pendientes de realizarse el procedimiento endoscópico, contactamos con otorrinolaringología y se realiza exploración endoscópica por vía transnasal con fecha 31-1-2019. En dicho procedimiento, que se realiza tras la administración de fluoresceína intratecal, no se objetiva fístula de LCR siendo incompatible con este diagnóstico.

Dados los hallazgos exploratorios en el quirófano y consulta de otorrinolaringología, se descarta la existencia de fístula de líquido cefalorraquídeo concluyéndose como diagnóstico más probable el de hidrorrea.

Se trata de una patología de difícil diagnóstico, que en ocasiones se resuelve de forma espontánea. Por otro lado, no se han derivado complicaciones médicas del supuesto diagnóstico de LCR (meningitis, hemorragias/higromas subdurales, etc.)».

III

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

- El procedimiento comenzó mediante la presentación el día 17 de septiembre de 2020 del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada por (...), en el ámbito del SCS.

- Con fecha 22 de septiembre de 2020, se requiere a la reclamante a fin de que subsane y mejore la reclamación formulada, presentándose escrito de mejora de reclamación con fecha 9 de octubre de 2020.

- El día 14 de octubre de 2020 se dicta Resolución del Director del SCS por la que se admite a trámite la reclamación de la interesada y se acuerda solicitar a través del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) el informe del servicio causante de la presunta lesión indemnizable.

- Con fecha 15 de enero de 2024, se dicta Acuerdo sobre periodo probatorio, admitiéndose como pruebas la documental y la testifical propuesta por la reclamante.

- Ultimada la instrucción del procedimiento, con fecha 15 de marzo de 2024 se acordó el preceptivo trámite de audiencia a la interesada quien formuló alegaciones dentro del plazo conferido.

- 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 19 de junio de 2024 se emite Propuesta de Resolución por la que se estima parcialmente la reclamación formulada por la interesada. (Folios 83 y ss. del expediente)

IV

1. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud.

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. Una vez examinado el contenido del expediente administrativo remitido a este Consejo Consultivo, y previa valoración conjunta de la documentación, pruebas practicadas que obra en las presentes actuaciones, se considera que en el presente caso ha resultado acreditado que la prestación sanitaria dispensada a la reclamante fue inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la *«lex artis ad hoc»*. De esta manera, 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 la prueba testifical practicada y a los diversos informes evacuados durante la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial (art. 88.6 LPACAP)- cuanto se expone a continuación:

« (...) La reclamación se centra en los daños morales ocasionados por la demora en ser intervenida de endoscopia transnasal, propuesta por ORL para valorar la posible existencia de fístula craneal y poder así ser intervenida por Neurocirugía de ese proceso.

La paciente presenta hidrorrea desde el año 2013, motivo por el que es estudiada por ORL y Neurocirugía, donde, tras realizar las pruebas oportunas diagnostican "una muy probable fistula en la vertiente anterior y lateral derecha de la lámina cribosa, adyacente a este líquido". Dada la sospecha clínica y los hallazgos radiológicos, la paciente es puesta en lista de espera para realizar una craneotomía frontal con exploración y reparación de la fístula, pasando la preanestesia en noviembre de 2015.

Nueve meses después de haber sido incluida en lista de espera, refiere empeoramiento por cefalea y agravamiento de su cuadro, por lo que se le realiza TAC craneal sin objetivarse complicaciones, pero el Servicio de Neurocirugía organiza una cita precoz de la paciente con

ORL para su evaluación endoscópica previa a la craneotomía, a fin de decidir la procedencia de su realización.

- El 22 de agosto de 2016, y tras nuevo TAC, esta vez de senos paranasales, la paciente acude a ORL que aconseja visualización en quirófano mediante cirugía endoscópica nasosinusal con fluoresceína intratecal previa a la cirugía para diagnóstico y tratamiento de fístula si fuera positivo su diagnóstico. Se cita en consulta para explicar intervención y firmar consentimiento, pero no hay constancia de que esa consulta se produjera. (Folio n.º 551).

- La interesada interpone una primera reclamación en el HUC en junio de 2017, es decir, 10 meses después de haber sido valorada por ORL en la consulta en la que se propuso intervención nasosinusal mediante endoscopia para valorar posterior craneotomía por sospecha de fístula. A raíz de esta reclamación, el Servicio de Neurocirugía informa que tras objetivarse mediante TAC la probable localización de la fístula (pues hasta entonces no se conocía el posible origen de la misma), se remitió a ORL para agotar el tratamiento por vía endonasal (folio n.º 556). Este informe está emitido el 28 de junio de 2017, mientras la paciente estaba esperando la intervención de ORL.

Pero de este informe nunca se dio traslado a la paciente, tal y como se demuestra en la documentación aportada por el HUC (folios n.º 545 y ss), donde no se aprecia acuse de recibo de la respuesta a esta reclamación, no pudiendo demostrar de esta forma que (...) conocía el motivo de la demora.

Pero mientras espera a ser intervenida, la interesada no se mantiene inactiva, pues el 17 de julio de 2019 vuelve a interponer reclamación, esta vez ante la ODDUS (folio n.º 549). En esta ocasión, sí le dan traslado del informe del Servicio de Neurocirugía de 28 de junio de 2017, esto es, de un informe emitido dos años antes.

A partir de ese momento, la paciente es remitida de forma urgente desde Neurocirugía a ORL, tal y como informa con fecha 25 de noviembre de 2020 el Dr de Bonis Redondo, especialista en ORL del HUC (folio n.º 75). El 7 de octubre de 2019 es vista por este Servicio. Se decide conjuntamente realizar cirugía endoscópica nasosinusal previa infiltración de fluoresceína intratecal para valoración existencia de defecto. Se explica intervención y complicaciones, firma consentimientos y se incluye en lista de espera quirúrgica.

Esta cirugía se realiza bajo anestesia general el día 31 de octubre de 2019, y no se visualiza fuga de LCR teñido con fluoresceina, por lo que se concluye la no existencia en dicho momento de fístula de LCR.

La paciente acude a revisión postquirúrgica sucesiva los días 18 de noviembre de 2019, 27 de enero y 3 de noviembre de 2020, no objetivando fuga de LCR y sólo refiriendo hidorrea ocasional. Por tal motivo y una vez descartada patología se decide alta de este servicio el 3 de noviembre de 2020.

A pesar de que en su informe el Dr de Bonis Redondo justifica la clínica presentada por la paciente desde 2013 con múltiples patologías, y que la testifical del Dr (...) Conde recoge que el riesgo de fístula era muy bajo, (folio n.º 518), lo cierto es que había una alta sospecha de que fuera una fístula craneal, ya desde septiembre de 2015, tal y como consta en la HC (folio n.º 250), con los riesgos que podía acarrear, como por ejemplo, meningitis, motivo por el que la paciente acudía a consulta de Atención Primaria con mascarilla desde el año 2016, tal y como testifica la Dra (...) (folio n.º 529).

Este riesgo de fístula no parece que fuera tan bajo como apunta el Dr (...) Conde, pues entre las posibilidades terapéuticas estaba la realización de una craneotomía, tal y como se desprende de la instrucción del procedimiento. Y precisamente con objeto de evitar una intervención más invasiva, Neurocirugía recomendó la valoración endonasal en el quirófano por parte de ORL.

Este órgano instructor desconoce los motivos por los que el Servicio de ORL planificó en agosto de 2016 intervención endonasal en el quirófano, como paso previo a la realización de craneotomía, pero no se realizó hasta octubre de 2019, tras la segunda interposición de reclamación por parte de la interesada, con objeto de que se procediera a la mencionada intervención.

El Dr de Bonis Redondo manifiesta la poca probabilidad de que hubiera existido dicha fístula con los síntomas y signos descritos, y que hubiera cerrado sola.

El hecho de que finalmente no se cumpliera la sospecha diagnóstica de fístula, ni salida de líquido cefalorraquídeo, no exime de responsabilidad al Servicio de ORL por permanecer inactivo durante más de tres años respecto a (...), la cual sí sufrió la incertidumbre de no disponer de un diagnóstico real, y pensar durante todo ese tiempo que sí podría estar expuesta a determinados riesgos.

El Dr (...) manifiesta en su testifical que desde Neurocirugía se contactó con ORL y que la paciente no esperó para esa primera valoración, es decir, que fue vista en un corto espacio temporal, hecho del que no surge ninguna duda. (folio n.º 513). Apunta también que cuando la paciente acude de nuevo relatando que no ha sido intervenida por vía endoscópica, vuelven a contactar por teléfono con ORL (7 de octubre de 2019) quien nuevamente resuelve dicho tratamiento de forma precoz (31 de octubre de 2019), lo cual también es cierto.

Pero también es cierto que ese tratamiento se había previsto ya en agosto de 2016, sin que se dieran más pasos para su efectiva realización, aunque después, en octubre de 2019 sí se dispensara una asistencia con urgencia.

El Consejo Consultivo de Canarias emitió dictamen nº 257/2023 de 8 de junio en el que exponía que " (...) se considera que el retraso en la práctica de la mamografía constituye una práctica irregular del funcionamiento del servicio público sanitario, puesto que dicha

prueba, según reconoce el propio SCS, se prescribió en enero y con carácter preferente, además, si bien no se cursó adecuadamente y se realizó seis meses después; y los retrasos en la práctica de la prueba médica le produjeron un sufrimiento moral injustificable (...) el daño moral indemnizable en este caso se corresponde con el trastorno, angustia y padecimiento sufrido por la propia madre en el tratamiento de su enfermedad".

(…)

Del mismo modo, en el caso que nos ocupa, no puede considerarse que exista pérdida de oportunidad, pues finalmente (...) no padecía de fístula, sino de hidrorrea, no causando ni agravando el SCS su patología.

Pero sí hubo una dejadez de las funciones del Servicio de ORL, al mantener a una paciente durante tres años con la incertidumbre de lo que podía estar padeciendo, sin tan siquiera aportar información del motivo de la mencionada inactividad, ni dar traslado de la respuesta a su primera reclamación.

Hubo de ser la propia reclamante quien, a través de una segunda reclamación interpuesta ante la ODDUS, activara de alguna manera la asistencia sanitaria desatendida.

La jurisprudencia consultada estima que " (...) no se agotaron las posibilidades diagnósticas durante un tiempo excesivo (dos años) provocando sufrimientos y mayores discapacidades en la paciente, lo que implica en sí mismo un DAÑO MORAL indemnizable, dándose el necesario nexo causal entre la insuficiente actuación médica diagnóstica y el sufrimiento producido, (...) . A la hora de efectuar la cuantificación del daño moral, la Jurisprudencia ha optado por realizar una valoración global que derive de una "apreciación racional aunque no matemática", pues "se carece de parámetros o módulos objetivos", debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, aun reconociendo las dificultades que comporta la conversión de circunstancias subjetivas en una suma dineraria". (STSJ de Madrid nº131/2013 de 20 febrero).

Encontramos un caso "similar" en el que el TSJ de Cataluña desestima un recurso de apelación contra la estimación parcial por daño moral, al entender que, a pesar de que finalmente no se agravó la patología que presentaba la reclamante no produciendo por tanto un daño físico, sí reconoce el padecimiento por la espera en ser intervenida, sin obtener información por esa demora: " (...) considera la Sala que se trata de un hecho notorio, objetivable, a tenor de la lógica y el sentido común, el padecimiento, la angustia y el sufrimiento de la paciente que con un tumor (meningioma) aunque benigno situado en su cabeza ha de esperar durante un período de tiempo (1.060 días, esto es, 2 años, 19 meses y 24 días) que excede con creces y de forma exagerada el aceptable (365 días, esto es, 1 año), en términos normativos y médicos, además sin proporcionársele la información debida cuando reclama en fechas 18 de febrero y 6 de junio de 2016, desconociendo cuándo iba a ser operada. Ese padecimiento, esa angustia y ese sufrimiento derivado de la permanencia en la lista de espera durante un lapso de tiempo inaceptable y exagerado, en una paciente además

con aquellos antecedentes médicos más arriba detallados conocidos por la Administración, constituyen un daño moral, indemnizable (...) Respecto del quantum de la indemnización, debe partirse de que el retraso en la práctica de la cirugía no produjo daños a la recurrente salvo el padecimiento por conocer que tenía un tumor en la cabeza y desconocer cuándo iba a ser operada, padecimiento reconocido por el perito de la demandada afirmando que tal situación "conllevan en sí mismo un sufrimiento y ansiedad", lo cual si bien no constituye daño físico sí constituye daño moral ". (STSJ de Cataluña n.º 3981/2023 de 5 diciembre) (...) ».

En conclusión, examinada la documentación e información obrantes en el expediente se considera que el retraso en la práctica de la intervención por vía endoscópica, como paso previo a la craneotomía, constituye una práctica irregular del funcionamiento del servicio público sanitario, puesto que dicha prueba fue prescrita en el mes de agosto de 2016 y no fue hasta octubre de 2019 -más de tres años después- cuando le fue practicada. Esta demora inaceptable en la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante es contraria a la *lex artis ad hoc,* provocándole un sufrimiento moral injustificable que determina la procedencia de 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.

5. Por último, en cuanto a la cuantía indemnizatoria, la Propuesta de Resolución la cuantifica en el importe de 5.000 euros al considerar que *«habría que tener en cuenta el daño moral por el tiempo transcurrido desde la previsión de la intervención quirúrgica hasta su efectiva realización, esto es, tres años y dos meses. También hay que tener en cuenta la ausencia de pérdida de oportunidad, pues como ya ha quedado demostrado, finalmente la paciente no presentaba fístula, limitándose el daño moral al padecimiento de la patología que podría haber tenido. Aunque ese daño era hipotético, la incertidumbre sí fue real y cierta».*

En relación con el daño moral la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (s. 12ª) de 2 de noviembre de 2011 razona lo siguiente: *«TERCERO.- (...) En relación con los daños morales sufridos por los actores, hay que puntualizar que como señala la S.TS. de 11 de noviembre de 2003, el reconocimiento del daño moral requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. -ver sentencias de 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 24 de septiembre de 1999. La sentencia de 31 de octubre de 2002 declara: "No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto*

de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera individual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona; no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación del daño patrimonial».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre 2006, declara: *«Esta Sala, como señala la Sentencia de 4 octubre de 2006, ha venido declarando que la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño esencialmente consiste. En efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (SSTS 25 junio de 1984; 28 de abril de 2005; 10 de febrero de 2006, entre otras)».*

Aplicando las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa, el daño moral indemnizable en el presente supuesto se concreta en el trastorno, angustia y padecimiento sufrido por la reclamante como consecuencia de la incertidumbre a la que se vio sometida durante tres años debido la falta de llamamiento para la práctica de la prueba médica; así como la imposibilidad de viajar en avión debido a la recomendación médica que se le hizo al preguntar por esta posibilidad, tal como consta en el historial clínico. Partiendo de estas premisas, y de conformidad con el art. 81.2 LPACAP, consideramos que -a diferencia de lo solicitado por la reclamante (50.000 euros)- la cuantía indemnizatoria debe ascender a 15.000 euros, en atención, de una parte, a la duración y entidad del retraso (tres años); y de otra, a las limitaciones que en su vida diaria tal retraso le ha supuesto. Ahora bien, la reclamante no ha acreditado el fallecimiento de su madre, ni la imposibilidad de verla, de hecho, se desconoce la ciudad o país donde residía, por lo que dicha circunstancia no puede ser tenida en cuenta a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria.

La cantidad objeto de la indemnización deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán

con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, de conformidad con lo establecido en el art. 34.3 LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

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