



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 / 2 0 0 1

La Laguna, a 8 de marzo de 2001.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por A.H.V., en nombre y representación de M.M.S., P., E. y L.H.M., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de la Salud (EXP. 7/2001 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

En cumplimiento de lo preceptuado en el art. 12.1 del Reglamento sobre los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), aprobado mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en relación con el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, reguladora del Consejo de Estado (LOCE) y este a su vez con el art. 10.6 de la Ley territorial 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC), se insta de este Consejo la emisión del preceptivo Dictamen que se pronuncie sobre los extremos referidos en el apartado 2 del citado art. 12 del RPRP, así como sobre cualquier otra cuestión derivada del expediente de responsabilidad patrimonial epigrafiado y que deba tenerse en cuenta para dictar la resolución que corresponda.

La solicitud de Dictamen ha sido cursada por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo, al amparo de lo dispuesto en el art. 11.1 de la LCC, tras la nueva redacción otorgada al mismo por la Ley territorial 2/2000, de 17 de julio, y en su

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

condición de órgano competente para dictar la resolución del procedimiento de responsabilidad a que se refiere dicha solicitud.

II

La reclamación indemnizatoria formulada debe regirse, desde el punto de vista sustantivo, por lo establecido en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), con las modificaciones incorporadas por Ley 4/1999, de 13 de enero, que resultan enteramente aplicables a este procedimiento, toda vez que el escrito de reclamación se interpuso con posterioridad a la entrada en vigor de esa última Ley.

Por lo que se refiere a la sustanciación de la petición resarcitoria, la misma debe ajustarse específicamente a las previsiones del aludido RPRP, además de aplicarse con carácter general las disposiciones de la LRJAP-PAC, en tanto reguladora del procedimiento administrativo común y en virtud también de las remisiones que a la misma efectúa el propio reglamento, en coherencia con su carácter ejecutivo parcial de aquélla. A este respecto se recoge una previsión de aplicabilidad expresa y específica, relativa a los daños generados en el ámbito de la asistencia sanitaria, en la disposición adicional primera del propio RPRP.

III

El expediente objeto de Dictamen ha sido tramitado por el órgano competente para ello, el Secretario General del Servicio Canario de Salud, a tenor de lo dispuesto en la normativa orgánica de aplicación, a la que corresponde ceñirse para determinar dicha competencia, a partir de la lectura del art. 3.1 del RPRP y por remisión de éste, el art. 12.3 de la LRJAP-PAC. En el presente caso y teniendo en cuenta que la reclamación se dirige contra el Servicio Canario de Salud (SCS), en su naturaleza de Organismo Autónomo adscrito a la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, conforme a los arts. 50.2 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC) y 2.3, a) del Reglamento Orgánico de dicha Consejería, aprobado por Decreto 322/1995, de 10 de noviembre, hemos de acudir también al Reglamento de Organización y Funcionamiento de dicho Organismo, aprobado por Decreto 32/1995, de 24 de febrero, en cuyo art. 10.3 se efectúa una equiparación de las funciones correspondientes al Secretario General del Servicio con las atribuidas a

los Secretarios Generales Técnicos en el ámbito de la estructura administrativa de la Comunidad Autónoma (CA), a los cuales se asigna por el art. 15.1 del Reglamento de Organización de los Departamentos de la Administración autonómica, aprobado mediante Decreto territorial 212/1991, de 11 de septiembre, la instrucción y formulación de la Propuesta de Resolución (PR) de aquellos expedientes que corresponda resolver a los Consejeros de los que aquéllos dependan.

Justamente, la competencia resolutoria del procedimiento en curso corresponde al Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo, con arreglo al art. 142.1 de la LRJAP-PAC y en la medida en que el ente institucional a cuyo funcionamiento se imputa por el reclamante el acaecimiento lesivo, el SCS, se halla adscrito a aquella Consejería.

La prosecución del expediente, una vez presentada la reclamación por las interesadas a través de su representación letrada, con fecha 13 de octubre de 1999, resulta conforme en términos generales a la normativa rectora del mismo, referenciada en el expositivo anterior, con las excepciones que enseguida se apuntarán a propósito de la reseña sobre la cumplimentación de los diversos trámites que jalonan el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

- La admisión a trámite se produce con fecha 30 de noviembre de 1999 por el Secretario General, conforme a la conjunción de las competencias de iniciación e instrucción que contempla el art. 3.1 *ad initium* del RPRP, sin perjuicio de que en este caso el acto de iniciación propiamente dicho lo constituya el propio escrito de reclamación de los interesados. El pronunciamiento de admisión se fundamenta debidamente en la previa consideración favorable de los distintos requisitos y elementos que corresponde controlar en esa fase inicial del procedimiento, cuales son básicamente el acomodo de la solicitud a las condiciones generales del art. 70 de la LRJAP-PAC, la competencia del propio órgano receptor para instruir el procedimiento que se incoa y, específicamente en relación con este tipo de expedientes, la integración en la reclamación de las circunstancias a que se refiere el art. 6.1, párrafo segundo, del RPRP. Asimismo, en la parte dispositiva del mentado acto de admisión se incluye un apartado relativo al impulso de oficio del procedimiento, en los términos establecidos por el art. 7 del RPRP y de conformidad con lo previsto en el apartado 2 del art. 6 de dicha norma reglamentaria.

- En línea con lo manifestado por último se solicitó por conducto interno, con fecha incluso anterior a la admisión a trámite, la emisión de informe por el Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia, sobre la base del que preceptivamente debía evacuar el servicio a cuyo funcionamiento se anuda el daño alegado por las reclamantes, a tenor del art. 10.2 del RPRP. Sin embargo, este último informe no consta incorporado al expediente, habiéndose redactado el del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia sobre la base del análisis de los informes forenses y pericial que obraban en las Diligencias Previas tramitadas ante el Juzgado de Instrucción Número Siete de Las Palmas de Gran Canaria, copia testimoniada de las cuales aportaron las reclamantes con su escrito inicial. Tal anomalía es reconducida en el fundamento jurídico II de la PR a través de su sustitución por las declaraciones prestadas por los facultativos responsables de la asistencia sanitaria en cuyo ámbito se produjo el evento presuntamente lesivo, durante la instrucción del proceso judicial penal incoado con carácter previo y en la medida en que tales declaraciones han sido aportadas en vía administrativa por las propias interesadas. Sin embargo, resulta improcedente desde el punto de vista procedimental la equiparación de una diligencia de instrucción practicada en sede judicial con un informe que debe emitirse con ocasión de la tramitación de un expediente de naturaleza administrativa. Se trata de figuras procedimentales con una naturaleza jurídica absolutamente diversa, lo cual resulta fácilmente perceptible considerando los sujetos intervinientes en cada caso y del objeto de uno y otro trámite.

Ahora bien, el defecto de forma apreciado se atenúa en relación con la resolución final de la reclamación incoada, toda vez que el material probatorio que obra en el expediente, y en particular los informes periciales emitidos en sede judicial, aportan elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión debidamente fundada sobre el fondo del asunto que es objeto de la reclamación planteada, extremo este en cuya explicación se abundará más adelante, considerándose la pertinencia de la aplicabilidad al caso de los efectos determinados en el art. 63.2 LRJAP-PAC para que no opere por ello la anulabilidad del acto.

- Seguidamente a la solicitud del informe del servicio imputado, que no se llegó a emitir, y con el alegato de ser presupuesto para la redacción de aquél, se recaba por el instructor la historia clínica del difunto, como documento de necesaria incorporación al expediente, tras numerosos requerimientos al Juzgado de Instrucción Número Siete de Las Palmas de Gran Canaria, en cuyo poder se

encontraba dicha historia y que finalmente la remite al Complejo Hospitalario Materno-Insular de Las Palmas, desde donde se aporta al procedimiento por parte de la Dirección Gerencia, con fecha 27 de abril de 2000.

- Con fecha 5 de julio de 2000, se dicta resolución por el órgano instructor, en cuya virtud se admiten a trámite los medios de prueba propuestos por las interesadas en su escrito inicial de reclamación, declarando al mismo tiempo la improcedencia de la apertura de periodo probatorio, habida cuenta de que todas las pruebas propuestas obraban ya incorporadas al expediente. Desde luego, este pronunciamiento es reparable. El hecho de que el particular pueda proponer o anunciar su intención de valerse de determinados medios de prueba desde el momento inicial de interposición de la reclamación, no lleva consigo la preclusión de tal facultad procesal durante toda la tramitación posterior del expediente, como bien puede deducirse de la lectura del art. 80.3 de la LRJAP-PAC, que se refiere al pronunciamiento del instructor sobre las pruebas propuestas después de regular, en el apartado anterior, la necesidad de apertura del periodo probatorio, de donde se sigue que la proposición de los medios de prueba podrá efectuarse también válidamente durante el periodo probatorio. Y por otro lado, tanto el art. 11 del RPRP, en su apartado 1, párrafo segundo, como, con carácter general, el art. 84.2 de la LRJAP-PAC, establecen la posibilidad del interesado de presentar los documentos y justificantes que estime pertinentes con ocasión del trámite de audiencia, que se ventila una vez finalizada la instrucción, de donde se sigue *a contrario sensu* que tal facultad asiste al administrado durante toda la fase instructora anterior. Esta misma conclusión se recoge también expresamente en el art. 79.1 de la LRJAP-PAC, que resulta igualmente reclamable al procedimiento sometido a Dictamen conforme a lo dispuesto en el art. 7 del RPRP.

Además, se observa que el acto en cuestión termina estableciendo la no susceptibilidad de recurso del mismo, lo cual tampoco es admisible puesto que se trata de un acto perteneciente a la categoría de los denominados de trámite cualificados, a los que se refiere el art. 107.1 de la LRJAP-PAC como posible objeto de recurso, en la medida en que, al desechar la apertura del periodo probatorio, acaba por impedir a las interesadas desplegar actividad de probanza alguna más allá de la que propusieron en su escrito inicial, pudiendo generar con ello indefensión ante la imposibilidad de acreditar en esta fase del procedimiento los hechos en que se fundamenta su pretensión resarcitoria.

No obstante todo lo anterior, la conducta adoptada por las interesadas a través de su representante excluye cualquier posible consideración sobre la existencia de indefensión puesto que, de un lado renuncian a la práctica de la prueba pericial propuesta inicialmente mediante escrito de fecha 26 de mayo de 2000, con entrada el día 01 de junio siguiente, y de otra parte omiten alegato o proposición adicional de prueba con ocasión de las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia, de cuyo aquietamiento se infiere la anuencia tácita respecto de la suficiencia del material probatorio aportado con anterioridad al expediente, en orden al pronunciamiento de una resolución motivada sobre el pedimento indemnizatorio que se formula.

- La apertura y evacuación del trámite de audiencia se han efectuado por lo demás con toda normalidad, como se ha adelantado, incluyendo la puesta de manifiesto del expediente a las interesadas, quienes han formulado a través del Letrado actuante unas escuetas alegaciones, incorporando una propuesta de terminación convencional silenciada luego en la PR dado el sentido desestimatorio de la misma.

- Cumplimentado el trámite de audiencia, se ha redactado por el órgano instructor la PR, procediendo a continuación a la solicitud del preceptivo informe del Servicio Jurídico, con suspensión del plazo para resolver el procedimiento, que debe entenderse fundada en la letra c) del art. 42.5 de la LRJAP-PAC, relativa justamente a la petición de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, no así en la letra a), reseñada en el acto de comunicación al interesado, cuyo apartado se refiere a la necesidad de requerimiento a los interesados para la subsanación de defectos o aportación de documentos y otros elementos de juicio.

La preceptividad del informe del Servicio Jurídico la establece el art. 20, j) de su Reglamento Orgánico, aprobado por Decreto territorial 19/1992, de 7 de febrero, y la competencia específica para su emisión corresponde en este caso a la Asesoría Jurídica departamental de la Consejería de Sanidad y Consumo, conforme al art. 23.1 del citado Reglamento en relación con el art. 22.1 del mismo. El contenido del informe resulta excesivamente parco, toda vez que se limita a señalar la conformidad a derecho de la PR con una simple referencia a la normativa aplicable en relación con la no acreditación del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio sanitario.

Hemos de señalar por último que se ha excedido el plazo máximo para dictar y notificar a las interesadas la resolución del procedimiento, fijado en seis meses por el art. 13.3 del RPRP, lo cual no exime a la Administración actuante de su obligación de resolver, consagrada en el art. 42.1 de la LRJAP-PAC. El sentido desestimatorio que se atribuye al silencio por el citado art. 13.3 del RPRP, al margen de ser discutible por descansar en una norma de rango reglamentario que quedaría fuera de lo dispuesto en el art. 43.2 de la LRJAP-PAC sobre las posibles excepciones a la regla general del silencio positivo en los expedientes iniciados por solicitud del interesado, por lo demás permite a la Administración autonómica dictar resolución expresa aun fuera de plazo y sin vinculación alguna, conforme al apartado 4, b) del mismo art. 43 de la LRJAP-PAC.

IV

La PR desestima la pretensión resarcitoria deducida sobre la base del informe emitido en sede jurisdiccional penal por un perito designado al efecto, a instancia del Juzgado de Instrucción Número Siete de Las Palmas de Gran Canaria, por la Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica. Dicho informe obra incorporado documentalmente al expediente en curso, como un elemento más de las Diligencias penales aportadas por las interesadas mediante copia testimoniada, al tiempo que ha sido asumido por el Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia con ocasión de la redacción del suyo. El perito concluye que la causa última de la muerte del hijo y hermano de las reclamantes radicó en la formación de una fístula traqueoarterial que se produjo a consecuencia de un proceso inflamatorio intenso y progresivo, originado por la presencia prolongada de un cuerpo extraño en el conducto traqueal, la cánula o tubo en T de Montgomery, cuya implantación y mantenimiento resultaba imprescindible para mantener permeable la vía aérea del paciente. Se descarta al mismo tiempo que la perforación de la tráquea pueda haberse producido como consecuencia de una incorrecta manipulación del instrumental quirúrgico durante la endoscopia practicada con fecha 10 de octubre de 1996, tanto por las características del orificio que presentaba el difunto como por la zona en que el mismo se encontraba, expresando el informe emitido que al situarse el orificio de traqueotomía en la pared anterior de la tráquea, de haberse producido lesiones por la introducción forzada de instrumentos a través de aquel orificio, dichas lesiones se encontrarían en la pared contraria, es decir, en la pared posterior y no en la cara anterolateral que es donde se halló la lesión (folios 84 y 85). Y en segundo término,

también dicho perito expone que de haberse producido la perforación de la tráquea en el curso de la citada intervención de fecha 10 de octubre de 1996, se habrían seguido síntomas inmediatos de fuga aérea hacia las zonas circundantes, los cuales no se apreciaron en absoluto en las pruebas radiológicas y demás realizadas al paciente en los días siguientes (folio 84). Este es sin duda el argumento técnico más sólido para desechar la idea de una inadecuada manipulación del instrumental quirúrgico como motivo de la perforación traqueal que a la postre causó el desgraciado desenlace. Por lo que se refiere a las características del orificio encontrado en la necropsia, se apunta en el señalado informe que la morfología de la zona fue modificada con ocasión de la intervención de urgencia que se efectuó el día 25 de octubre de 1996, en la que se procedió a la sutura de la fístula traqueal y a la reconstrucción de la arteria afectada (folios 86 y 87), de manera que la lesión hallada en la autopsia (herida inciso vertical) no se corresponde con la encontrada por los facultativos en el momento de la intervención.

En definitiva, el informe médico referenciado razona detalladamente la inexistencia de nexo causal entre la asistencia facultativa prestada al paciente y la producción de la lesión que acabó acarreándole la muerte, al tiempo que pone de manifiesto la adecuación del tratamiento médico adoptado y de los especialistas intervinientes en el mismo, en relación con la naturaleza de la patología que presentaba el paciente, así como con las circunstancias del caso concreto, en especial las complicaciones derivadas de la continua obstrucción del conducto traqueal, provocada por la formación de granulomas secundarios a la infección de la zona, que a su vez se debía a la prolongada presencia de un cuerpo extraño en la tráquea, que en cualquier caso constituía la única forma de mantener permeable dicho conducto.

Las conclusiones extraídas del repetido informe pericial, cuyo contenido se incorpora íntegramente, aunque por remisión, al texto de la PR, a los efectos previstos en el art. 89.1 de la LRJAP-PAC, se ponen en relación con la jurisprudencia emanada por el TS respecto de la clasificación de los daños producidos en el ámbito de la atención sanitaria, efectuada en atención al criterio del motivo único o principal que origina los mismos, para terminar estableciendo la responsabilidad de los servicios médicos en aquellos casos en que ese motivo o causa determinante del resultado lesivo tiene que ver con la inadecuación del tratamiento médico prestado. Esta doctrina enlaza también con la que se refiere a la obligación médica como una obligación de medios, en la cual no se garantiza la obtención de un resultado

curativo, dado el carácter caduco de la condición humana así como las limitaciones del estado actual de la ciencia (en este sentido, SSTS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994 y 11 de febrero de 1997).

La única objeción posible a todo este razonamiento técnico-jurídico se podría formular en relación con la plena corrección de la atención médica prestada al finado, desde el punto de vista del más escrupuloso seguimiento de la patología. Si se ha concluido por el especialista que la fístula traqueoarterial desencadenante de la muerte se produjo como consecuencia de un proceso inflamatorio intenso y progresivo, esto es, que evolucionó de menor a mayor intensidad, y considerando que en las diversas endoscopias practicadas al paciente se detectó la existencia de una infección persistente en la zona ocupada por la cánula intratraqueal, la cual quedó especialmente patente en la intervención efectuada el día 10 de octubre de 1996, resulta cuando menos discutible la procedencia de dar el alta médica al paciente y hacer un seguimiento ambulatorio al mismo, planteándose la duda sobre la necesidad de haberlo dejado ingresado en el centro hospitalario a fin de someterlo a una vigilancia continuada y exhaustiva. Tal medida bien pudiera entenderse integrada en el deber de poner todos los medios al alcance del servicio, según el estado actual de la ciencia, para intentar la curación del enfermo, en cuyo deber ha incidido reiteradamente nuestro TS al definir el contenido concreto de la obligación médica. Sin embargo, esta cuestión es zanjada en la PR partiendo del carácter imprevisible que se atribuye a la formación de una fístula traqueal por parte del especialista informante -y que pudiera dar pie a la aplicación del novedoso tenor del art. 141.1 de la LRJAP-PAC, introducido por Ley 4/1999, en virtud del cual se rechaza el carácter indemnizable de aquellos daños *que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos-*, para afirmar que la opción por el seguimiento intrahospitalario únicamente hubiera generado el efecto nocivo que conlleva la residencia permanente en un hospital, pero no hubiera impedido la infeliz complicación que, una vez producida, sólo puede subvenirse mediante una intervención quirúrgica urgente cuyas posibilidades de éxito son muy escasas según las estadísticas manejadas (tres de cada cuatro pacientes afectados por fístula traqueoarterial mueren pese a la intervención quirúrgica inmediata). Quizás cabría preguntarse si la mayor inmediatez de la intervención que se hubiera conseguido haciendo un seguimiento constante del paciente mediante su ingreso en el hospital, tiene o puede tener alguna incidencia a la hora de conseguir que el caso engrose ese

25% de supuestos de supervivencia a una fístula traqueoarterial, ya que de ser así nos encontraríamos con que no se habrían dispuesto todos los medios al alcance de la Administración sanitaria para procurar, que no garantizar, la curación del paciente y, en primer término, salvar la vida al mismo.

En cualquier caso, la contundencia con que se pronuncia el informe emitido por el experto competente sobre la absoluta regularidad y corrección del tratamiento prestado en todos sus extremos y circunstancias, constituye fundamento suficiente, desde el punto de vista de una adecuada apreciación de la prueba, para obviar toda consideración sobre lo argumentado en el párrafo precedente y descartar en resumen la existencia de nexo causal, tampoco por omisión, entre la asistencia sanitaria prestada por los Servicio de Neumología y de Cirugía Torácica del Hospital Materno-Insular de Las Palmas al paciente A.A.H. y el fallecimiento de éste, que constituiría la condición primera para determinar la responsabilidad de la Administración autonómica por el acaecimiento dañoso, incumplida la cual debe concluirse en un pronunciamiento desestimatorio de la petición indemnizatoria efectuada por la madre y hermanas del difunto.

Precisamente en relación con el tema de la valoración de la prueba puede resolverse la alegación reiterada por el Letrado de las reclamantes en el trámite de audiencia, sobre las conclusiones formuladas por la médico forense del Juzgado de Instrucción en su informe de autopsia, atribuyendo la causa del óbito a una presunta malpraxis médica. Dicho informe obra igualmente incorporado al expediente y reviste en principio la misma naturaleza pericial que el suscrito por el Dr. R.S. Sin embargo, el informe forense se remite precisamente a la opinión de un especialista en Cirugía Torácica, experto en patología quirúrgica traqueal, el empleo del láser y prótesis traqueales, para la mejor y más fundada valoración de las circunstancias desencadenantes del fallecimiento del paciente, con lo cual las conclusiones establecidas en dicho primer informe quedan condicionadas a la opinión expresada por el especialista cuya intervención se requería en el propio informe forense, como opinión autorizada y prevalente, en el sentido de negar la existencia de una práctica médica inadecuada en el origen del resultado lesivo. En consecuencia, a través de una interpretación lógica de las distintas pruebas incorporadas al expediente, y en particular de las periciales documentadas en el mismo, según las reglas de la sana crítica que presiden la valoración de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico, se considera pertinente la solución desestimatoria por la que opta la PR y el rechazo del

reseñado alegato de las reclamantes sobre la preeminencia de esa imputación presunta que se contiene en el controvertido informe forense.

C O N C L U S I O N E S

1.- La PR desestimatoria de la reclamación se dictamina conforme a Derecho.

2.- La sustanciación de la reclamación planteada resulta ajustada en términos generales a la normativa aplicable, si bien se aprecian determinadas irregularidades en lo concerniente al tratamiento de la prueba, en los términos y con las limitadas consecuencias que se apuntan en el Fundamento III.