



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 130/2002

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de octubre de 2002.

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 D.S.D., por daños personales como consecuencia del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria (EXP. 111/2002 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

Mediante escrito de 16 de octubre de 2001 el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo solicita Dictamen en relación con el expediente mencionado. El Pleno de este Consejo, en sesión celebrada el 8 de noviembre del mismo año acuerda inadmitir la solicitud, en cuanto que se produjo por órgano entonces no legitimado al efecto. Reiterada la solicitud con fecha de 22 de noviembre siguiente por el Ilmo. Sr. Director del Servicio Canario de Salud, es admitida por el Consejo en sesión plenaria de 28 de diciembre, así como solicitar una ampliación de plazo de un mes. Al vencimiento del mismo, el 28 de febrero de 2002, el Pleno acuerda recabar documentación adicional, suspendiendo hasta su recepción el plazo de emisión del Dictamen. Transcurrido luego el plazo establecido sin que la documentación adicional se hubiere recibido, el Pleno de este Consejo, en sesión de 24 de junio de 2002, acordó archivar definitivamente el expediente correspondiente. Finalmente, el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo solicita de nuevo, por escrito de 16 de julio de 2002, Dictamen sobre el arriba mencionado expediente 41/99, acompañando la documentación complementaria solicitada, la cual -según afirma- "forma parte de tal expediente si bien no fue remitida con anterioridad".

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

La legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad para solicitar el Dictamen resulta del art. 12.3 de la vigente Ley del Consejo Consultivo (art. 11.1 de su anterior Ley). La preceptividad del Dictamen resulta del art. 11.D,e) de la Ley del Consejo Consultivo.

La solicitud de Dictamen versa sobre los siguientes extremos:

Primero: La existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento el servicio público y la lesión producida.

Segundo: Sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización.

Tercero: Cualquier otra cuestión derivada del expediente y que deba tenerse en cuenta para dictar la resolución que corresponda.

II

1. El 2 de agosto de 1999 M.D.S.D., a través de su abogado, presenta reclamación ante el Servicio Canario de Salud para que se le indemnice "como consecuencia del mal funcionamiento de los servicios públicos, (...) lo que determinó el fallecimiento de M.D.H.", padre de la reclamante.

La reclamación ha sido interpuesta por los cinco hijos de un paciente que falleció el 24 de agosto de 1998 en un hospital dependiente del Servicio Canario de Salud donde era atendido, y cuyo óbito aquéllos imputan a "la negligencia médica por parte de los facultativos que atendieron a su padre".

La primera cuestión que hay que abordar es la legitimación de los reclamantes, ya que el art. 139.1 LPAC confiere acción para reclamar por las lesiones sufridas en bienes y derechos, de donde se sigue que está legitimado quien alegue la titularidad de un bien o derecho cuyo menoscabo impute al funcionamiento de un servicio público.

Además, según el art. 139.2 LPAC ese menoscabo debe consistir en un daño evaluable económicamente porque, conforme al art. 139.1 LPAC, la finalidad de la institución de la responsabilidad extracontractual no es punitiva, sino reparadora o compensadora.

La vida humana no constituye objeto de un derecho patrimonial o de cualquier otra índole cuya titularidad corresponda a terceros. Es imposible considerarla como

un bien o derecho perteneciente al patrimonio de otro. La vida humana, como no tiene precio, tampoco es susceptible de evaluación económica. Por esta razón, para afirmar la legitimación de los reclamantes se debe partir de que un hecho culposo causante de la muerte de una persona origina la responsabilidad patrimonial de su autor, para a continuación estimar que, como este hecho se produce viviendo la víctima, la acción para exigir esa responsabilidad se integra en su patrimonio, el cual se transmite por vía hereditaria a sus causahabientes; de donde se sigue que los legitimados para exigir la responsabilidad extracontractual por el hecho letal son aquellos que demuestren su calidad de herederos.

También se puede considerar que la responsabilidad no surge del hecho causante sino de su resultado lesivo. El primero sin el segundo no engendra responsabilidad, que surge siempre del hecho de la muerte, por lo que al extinguirse por ella la personalidad de la víctima, ésta no adquiere en vida ningún derecho a ser indemnizado que, integrado en su patrimonio, transmita luego *mortis causa*. Sólo los vivos son capaces de adquirir derechos y únicamente son transmisibles por vía hereditaria los derechos que al momento del fallecimiento del causante se hallasen integrados en su patrimonio. De ahí que si en nuestro ordenamiento se contempla un derecho a indemnización por causa de muerte (art. 113 del Código Penal en relación con los arts. 138 a 143 y 621.2 del mismo, art. 1.902 del Código Civil, 11.5 del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor, etc.), la titularidad de éste no es derivativa *mortis causa* ya que, como se ha visto, no puede sucederse en algo que no ha ingresado en el patrimonio del *de cuius*, sino que es un derecho que se adquiere originariamente y que, por ende, es ejercitable *ex iure proprio* por aquellos que hayan sido perjudicados por la muerte de la víctima.

Este perjuicio lo sufren quienes compartían su vida con la víctima, formando una comunidad de vida a la que pone fin esa muerte que, eventualmente, puede producir una disminución de ingresos o un desamparo económico para los supérstites y un daño moral por la ruptura de la íntima convivencia y de los lazos de afecto, presumiéndose este daño moral en sus parientes más directos por línea recta ascendente o descendente, prefiriéndose siempre, con exclusión de los demás, a sus más estrechos allegados que son los que convivían con la víctima y compartían con ella sus ingresos comunes o dependían de ella económicamente; estimándose que no existe perjuicio indemnizable cuando nadie ha quedado desamparado o disminuido

económicamente ni se ha sufrido daño moral, porque se había abandonado en vida a la víctima o roto toda relación con ella.

De donde se sigue que los hijos del fallecido, como los más directos allegados del fallecido están legitimados para reclamar por la muerte de su padre, siquiera sea por el daño moral que se presume que les ha causado la muerte de aquél. Cuestión distinta es que en orden a la posible cuantificación de la indemnización deban probar que el óbito les ha originado gastos o pérdida de ingresos.

En definitiva, se cumple el requisito de legitimación activa de los reclamantes.

2. El Servicio Canario de Salud está legitimado pasivamente porque a su funcionamiento los reclamantes le imputan la causación del daño.

3. El fallecimiento por el que se reclama acaeció el 24 de agosto de 1998 y la reclamación se presentó el 17 de julio de 1999, dentro del plazo fijado por el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que obsten un Dictamen de fondo.

III

De la documentación clínica y de los informes médicos obrantes en el expediente resultan los siguientes hechos:

El fallecido, de sesenta y ocho años de edad, padecía de hernia de hiato, síndrome de apnea del sueño, diabetes mellitus tipo II, hipertensión arterial, esclerosis aórtica, cardiopatía isquémica con enfermedad coronaria de dos vasos y disfunción diastólica. La necropsia descubrió además un tumor pulmonar maligno.

El 11 de agosto de 1998, en un hospital del Servicio Canario de Salud fue objeto de una intervención de cirugía cardíaca extracorpórea de revascularización mediante doble By-Pass aorto-coronario.

El paciente firmó, antes de la operación, la Hoja de Consentimiento para una intervención cardio-vascular. En su apartado 7 esta Hoja reza así: "He sido informado de la existencia de otros riesgos que pueden ser graves y que son, entre otros, la

hemorragia severa y la infección. Estos riesgos son inherentes a cualquier intervención quirúrgica".

Tras la operación fue ingresado en la Unidad de Medicina Intensiva hasta el 18 de agosto de 1998, fecha en que pasó a planta de hospitalización. Evolucionó favorablemente hasta el 22 de agosto en que presentó inestabilidad hemodinámica y síntomas de mediastinitis, manifestaciones clínicas que fundamentaron la sospecha de que la infección estaba llevándolo a un shock séptico, por lo que al día siguiente fue intervenido otra vez para realizar limpieza de la herida quirúrgica. Tras la operación ingresó en la Unidad de Reanimación. A las tres horas del 24 de agosto presentó un episodio de taquicardia sinusal y sobre las primeras horas de la mañana presentó vómitos de contenido hemorrágico con signos de shock hipovolémico.

Las maniobras de resucitación no resultaron eficaces expirando a las catorce horas y media de ese mismo día.

IV

1. Con la primera solicitud de Dictamen este Consejo recibió los Informes sobre el caso del Servicio de Anestesiología del Hospital General Dr. Negrín, del Servicio de Cirugía Cardio-Vascular, y del Jefe de la Sección de Digestivo del mismo centro, todo ello acompañado del Informe del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia de la Secretaría General del SCS. Estudiada esta documentación por el Consejo, advirtió contradicción entre los dos primeros acerca de la causa de la muerte, y constató que el Servicio de Digestivo, que no intervino en el proceso sanitario en cuestión, afirmó en su informe que "una laparoscopia en un paciente agónico y con sepsis de origen mediastínico no sólo no estaría justificado, sino que sería una actuación disparatada". Además, este Consejo se interesó por saber cuál fue la causa de la infección contraída por el paciente después de la primera intervención. Para completar la información que consideró entonces insuficiente, se solicitó su ampliación a través de:

- nuevo informe del Servicio de Cirugía Cardio-Vascular: se ha recibido, reconoce la aparición de una infección en el postoperatorio, y lo atribuye a varias posibles causas, debidas a las características de la operación, a las propias del postoperatorio mismo, y -en este caso- a la condición de diabético del enfermo.

- informe del Servicio de Anatomía Patológica:
- la causa del fallecimiento fue una hemorragia digestiva producida por una doble úlcera duodenal.
- la patología gástrica del paciente, anterior a la operación, "no puede vincularse con el cuadro causante de la muerte".
- en atención al "grado de inflamación pericárdica existente en la necropsia, considera que sí era conveniente su realización (de la segunda intervención)".
- informe de la Sección de Digestivo: no se remite por el SCS a este Consejo el nuevo Informe solicitado, con más precisiones; el que sí se adjunta es el ya enviado, de fecha 10 de julio de 2000, anterior pues a la solicitud de ampliación de información de febrero de 2001.

De lo anterior se deduce que no se ha dado plenamente respuesta a lo solicitado en febrero de 2002 por este Consejo, si bien los nuevos Informes confirman, más explícitamente que los primeros, la opinión de los Servicios especializados del SCS en el sentido de que:

- la causa de muerte fue una hemorragia digestiva producida por una doble úlcera duodenal, consecuencia de la mediastinitis (infección). La causa inicial fue una septicemia. La aparición de esta infección es un riesgo presente en las operaciones de cirugía cardíaca extracorpórea que se vio favorecida por el previo mal estado de salud en general del paciente y en particular por la diabetes mellitus que padecía, y por la inmunodepresión postquirúrgica. La infección derivó a un shock séptico que causó un fallo multiorgánico una de cuyas manifestaciones fue una hemorragia digestiva masiva que, a pesar de su tratamiento, resultó incoercible, y que determinó un shock hipovolémico irreversible.

- después de la primera operación, internado el paciente en la UMI, se siguieron los cuidados habituales frente a infecciones, y no se apreció signos de ella.

- fue la alarma del servicio de microbiología, y -sobre todo- la crisis en la que entra el enfermo, lo que llevó a los responsables médicos a comprobar la aparición de mediastinitis, a decidir operar de nuevo, y a intervenir.

Ante estos hechos nuevos, los Informes concluyen:

La infección debe considerarse como una "eventualidad o complicación" del postoperatorio, que entra dentro de los riesgos habituales de las operaciones cardio-vasculares, razón por la cual se menciona como riesgo típico del que se informa al paciente expresamente, tal como recoge el apartado 7 de la hoja de consentimiento.

La mejor forma de tratar la situación infecciosa sobrevenida era la de operar de nuevo, tal como se hizo.

Todos los informes médicos coinciden en la adecuación y corrección de las distintas terapias que se aplicaron al paciente. Igualmente coinciden en que el estado actual de los conocimientos médicos no permiten evitar absolutamente el riesgo de que se presente una infección en una operación de cirugía cardiaca extracorpórea; estando cuantificada entre un uno y un cinco por ciento de los pacientes intervenidos la posibilidad de su aparición como mediastinitis, que se ve especialmente favorecida por la diabetes *mellitus*.

En el escrito de reclamación se imputa el fallecimiento del paciente a la negligencia médica de los facultativos que lo atendieron. Según afirma en el mismo, M. "falleció como consecuencia del negligente servicio prestado por los facultativos"; considera, además, que la permanencia en la UMI del enfermo pudo facilitar contagios infecciosos, por la proximidad a otros pacientes. Echa en falta, en la historia clínica, los resultados del hemocultivo que se le practicó el 22 de agosto de 1998; también se queja del trato dispensado por el personal sanitario tanto a M. como a su familia. El breve escrito de reclamación no intenta siquiera demostrar la relación de causalidad entre asistencia sanitaria recibida y el daño producido (fallecimiento). Tampoco cuantifica la indemnización que deba derivarse del eventual reconocimiento del daño y de su imputación a la Administración sanitaria; cuando por parte de ésta se solicite al reclamante que cuantifique el daño producido, éste responde que a la "familia (del fallecido) le resulta harto difícil proceder a cuantificar el valor de la vida de su padre". Algo humanamente comprensible; pero que en nada ayuda a encontrar la resolución más justa de este expediente.

Los reclamantes no han aportado prueba médico-pericial alguna que demuestre que los facultativos del Servicio público de Salud hayan incurrido en negligencia médica; expresamente ha declarado su representante que los informes médicos

obrantes en el expediente son suficientes, renunciando por ello a la prueba pericial que antes habían solicitado.

V

1. Los diversos informes médicos recabados por el instructor coinciden en afirmar analíticamente la adecuación médica de las distintas terapias que en cada fase de su estado se aplicaron al paciente y, por ende, niegan la existencia de mala práctica médica.

Por consiguiente, no existe responsabilidad por mal funcionamiento del Servicio público de Salud.

2. Tampoco existe responsabilidad por el funcionamiento normal del servicio público de salud o responsabilidad objetiva porque, como se ha afirmado reiteradamente en anteriores Dictámenes del Consejo Consultivo (véanse, por ejemplo, los Dictámenes 67/1996 y 58/1998), el fundamento de la responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos se encuentra en los riesgos que éste engendra, de modo que si la comunidad se beneficia de dicho funcionamiento ha de reparar los daños que la concreción de esos riesgos irroque de una manera particularizada, que exceda de los riesgos de la vida social, a uno de sus miembros y que además éste no tenga el deber jurídico de soportar.

En el caso del funcionamiento del servicio público de la sanidad se ha de considerar, por un lado, que se dirige a proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

La obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados.

Por tanto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados satisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo.

Por ello, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento de los servicios públicos sanitarios los ligados a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

Que todos estos riesgos no son creados por el establecimiento y el funcionamiento de servicios públicos de salud es fácilmente constatable por el hecho de que, aun en el caso de que no se estableciera y funcionara un servicio público de salud y la asistencia médica se confiara en exclusiva al mercado, esos riesgos seguirían existiendo.

El riesgo de infección -tal como señala el Informe del Servicio de Cirugía Cardio-Vascular de 21 de marzo de 2002- es un riesgo que acompaña en un porcentaje del uno al cinco por ciento a las operaciones de cirugía cardíaca extracorpórea, las cuales, por la suma de otros riesgos, presentan un riesgo de morbilidad entre el ocho y el doce por ciento. No obstante, ante la elección entre, por un lado, la muerte segura a causa de una cardiopatía y, por otro lado, la alta probabilidad de conjurarla, la decisión forzosa e ineludiblemente cae a favor de la segunda opción, aunque vaya acompañada de una probabilidad de muerte.

Entre un camino que conduce a una muerte segura y otro, que, aunque arriesgado, lleva con alta probabilidad a la salvación, la razón y la ciencia médica, el Derecho y la ética compelen inevitablemente a tomar la segunda vía.

Es igualmente patente que, siendo obligada esta actuación terapéutica y habiendo el paciente consentido a ella con conocimiento de sus riesgos, en caso de que éstos se materialicen el servicio público de salud no responde patrimonialmente

por sus resultados lesivos, ya que éstos no son causados por el funcionamiento del servicio, no es un riesgo interno a dicho funcionamiento:

El riesgo de infección es generado por el estado actual de los conocimientos médicos que no pueden garantizar al cien por cien que tras una operación de cirugía extracorpórea no se contraiga una infección del mediastino.

El riesgo de infecciones es un riesgo general de la vida que acompaña siempre a la existencia humana. Unos individuos expuestos a esos gérmenes no contraen la infección y otros sí. Otros, que hasta el momento habían estado expuestos constantemente sin consecuencias a esos gérmenes, en determinado momento sufren una infección por ellos.

Vacunas y terapias antibióticas defienden y sanan de infecciones a unos, mientras que se revelan inútiles aplicadas a otros. Esta variabilidad se debe al específico estado inmunológico de cada persona el cual depende de circunstancias accidentales, de los avatares de la historia de su salud, de su constitución, etc. La ciencia médica, hoy por hoy, no puede garantizar que nadie sufra ninguna infección, o atajar siempre y en todo caso cualquier infección. Pero esta limitación del conocimiento científico no es equivalente a que él sea la causa de las infecciones o de las lesiones o patologías que éstas produzcan. Exactamente igual que el hecho de que la asistencia médica no pueda evitar siempre y en todo caso la muerte, no significa que aquélla sea la causa de ésta.

Este riesgo de infección se incrementa con posibilidades funestas en el caso de pacientes de cirugía cardíaco extracorpórea, pero, por lo dicho, su realización luctuosa no se puede imputar al funcionamiento del Servicio público de Salud.

3. Por último, tampoco concurre otro requisito esencial para el surgimiento de responsabilidad y que consiste en que el daño sea antijurídico. El fallecido asumió voluntariamente el riesgo al decidir voluntariamente someterse a la operación una vez informado de los riesgos y beneficios que conllevaba. El consentimiento informado constituye uno de los títulos jurídicos que obliga a soportar la materialización de los riesgos de un acto médico adecuado a la "*lex artis ad hoc*".

C O N C L U S I Ó N

Es conforme a Derecho que la Propuesta de Resolución desestime la pretensión resarcitoria.