



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 18 de abril de 2013.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de terminación convencional del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M. B. M. I., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 107/2013 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la *"Propuesta de Terminación Convencional, de 20 de febrero de 2013, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud relativa al procedimiento nº 49/09, iniciado a instancia de M.B.M.I."*.

2. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación de una indemnización el 21 de abril de 2009, fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 17 de marzo, de modificación del art. 11.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

Por esta circunstancia, la preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan del tenor originario del precepto mencionado en relación con los arts. 16 y 12, de carácter básico, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, RPRP, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. La legitimación de la Excm. Sra. Consejera para solicitarlo resulta del art. 12.3 de la Ley citada.

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y de no extemporaneidad de la reclamación.

4. La viuda de un paciente con derecho a la asistencia sanitaria pública prestada por el Servicio Canario de la Salud, SCS, reclama una indemnización por el fallecimiento de éste en el transcurso de la operación de cirugía cardíaca que se le practicó, por cuenta del SCS y en el marco de la prestación de dicha asistencia sanitaria, en el centro sanitario privado concertado H.R.. La interesada fundamenta su pretensión resarcitoria en que la actuación negligente de los facultativos que intervinieron a su marido causó el óbito de éste. Véase al respecto su escrito de reclamación, folios 1 a 9, y su escrito presentado el 10 de agosto de 2012, páginas 252 y 253. Dado el fundamento fáctico de la pretensión resarcitoria, la empresa H.R. está legitimada pasivamente por las siguientes razones:

El objeto de los conciertos sanitarios es la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a las Administraciones públicas (artículo 90.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, LGS). La Administración fija los requisitos y condiciones mínimas básicas y comunes de los conciertos (artículo 90.4 LGS), los cuales establecen las obligaciones y derechos de las partes (artículo 90.6 LGS), correspondiendo a la Administración las funciones de inspección sobre los aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública en los centros privados concertados (artículo 94.2 LGS). La Administración ostenta poderes de policía sobre el centro concertado dirigidos a garantizar que la asistencia sanitaria se preste en las condiciones legales y convenidas, pero la actividad del centro concertado no se publica.

Los conciertos sanitarios, cuya regulación específica se encuentra en la LGS, pertenecen al género del contrato administrativo típico denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos que se encontraba ya contemplado en la Base X.1 de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado (LBCE) y en el artículo 66 del Texto Articulado que la desarrollaba (aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril); y que actualmente se definen de manera idéntica en el artículo 277, c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre). Esta naturaleza del concierto sanitario como un contrato de gestión indirecta de los servicios públicos implica que, para todo aquello que no regule el artículo 90 LGS, habrá que acudir a la legislación de contratación pública.

El hecho lesivo que alega la interesada acaeció el 24 de marzo de 2008 en el centro sanitario privado donde era atendido en virtud de un concierto existente en esa fecha y cuando aún no había entrado en vigor la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP. Ello determina que le sea aplicable la legislación de contratos administrativos vigente en esa fecha (D.T. 1ª LCSP) constituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). Por ello serán sus preceptos los que se citen, aunque su contenido sea idéntico al de los preceptos que los han sustituido.

El artículo 90 LGS guarda silencio sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial derivada de la ejecución del concierto. De ahí que, como se señaló anteriormente, se haya de acudir a la legislación general de contratación administrativa que, como se ha visto, en este caso está representada por el TRLCAP.

El artículo 157, c) TRLCAP [ahora art. 277, c) TRLCSP] contempla al concierto como una modalidad de contratación de la gestión de servicios públicos; de ahí que, conforme al artículo 162, c) TRLCAP [actualmente art. 280, c) TRLCSP], el contratista esté obligado a indemnizar los daños que en la ejecución del contrato cause a terceros, excepto cuando el daño sea producido a causas imputables a la Administración. La regla del artículo 162, c) TRLCAP es una reiteración de la contenida en el apartado primero del artículo 98 TRLCAP, cuyo apartado segundo precisa que por causas imputables a la Administración han de entenderse las órdenes de ésta que originen directa e inmediatamente los daños y los causados por los vicios de los proyectos elaborados por ella misma (en el mismo sentido, art. 214.1 y 2 TRLCSP).

En definitiva, si los centros sanitarios privados, al prestar a los usuarios del servicio público de salud asistencia sanitaria en virtud de un concierto, les causan daños, ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración. Esta conclusión lleva necesariamente a esta otra: En los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud, el SCS en este caso, como el centro sanitario privado concertado, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces está obligado a resarcirlo en virtud de los artículos 98 y 162, c) TRLCAP [ahora arts. 214 y 277, a) TRLCSP]. Así resulta de la

D.A. XII de la LRJAP-PAC; de la D.A. Iª RPRP; del segundo párrafo del artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); y del artículo 2, e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

Conforme a todos estos preceptos el procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración (en general y, en especial y expresamente, por los centros sanitarios privados concertados) es el regulado en el RPRP y en ellos está legitimada pasivamente la empresa contratista, puesto que tiene la cualidad de interesada según el artículo 31.1, b) de la LRJAP-PAC, en relación con los artículos 98 y 162, c) TRLCAP [actualmente, artículo 198 y 256, c) LCSP].

Lo expuesto hasta aquí no es desvirtuado por el hecho de que el artículo 97.3 TRLCAP (actualmente el artículo 214.3 TRLCSP) contemple que los terceros perjudicados *"podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción"*. Ello por las siguientes razones:

Lo que el artículo 97.3 TRLCAP (ahora 214.3 TRLCSP) confiere al perjudicado es una facultad como expresamente la califica el tenor del precepto y como resulta de la expresión *"podrá requerir"*. No le impone la carga de que para alcanzar su pretensión deba formular necesariamente ese requerimiento como un obligatorio trámite previo a la interposición de su reclamación. A su elección queda presentar ésta directamente o formular ese requerimiento.

Esto lo corrobora el siguiente apartado del art. 97 TRLCAP (actualmente, artículo 214.4 TRLCSP) *"La reclamación de aquéllos se formulará en todo caso conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto"*.

Ese requerimiento potestativo es distinto de la reclamación. Ésta se ha de tramitar por el procedimiento legal que corresponda que, cuando se trata de daños causados a usuarios del servicio público de salud, se ha de tramitar por el procedimiento administrativo de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como ordenan los artículos antes señalados.

Estas razones, que con cita de los preceptos pertinentes de la LCSP en vez de los del actualmente vigente TRLCSP, ya fueron expuestas en nuestro Dictamen 554/2011, de 18 de octubre; explican que el instructor haya llamado al procedimiento al centro

sanitario concertado, y le haya dado vista del expediente y trámite de audiencia. Solo cabe advertir de que, como interesado, también se le ha de notificar la resolución definitiva.

5. El instructor formuló una propuesta de acuerdo indemnizatorio al cual, por escrito de 3 de agosto de 2012 (folio 240), la reclamante dio su conformidad. Su escrito presentado el 10 de septiembre de 2012 (folio 252) no constituye una revocación de dicho acuerdo porque en él expresa que la alegación es para una valoración interna del Servicio Canario de Salud y para que sirva como experiencia para la subsanación de errores. Por esta razón no es necesario analizar si es revocable el consentimiento del reclamante a la propuesta de acuerdo indemnizatorio.

6. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

II

1. El marido de la reclamante tenía los siguientes antecedentes de patología cardíaca: Cardiopatía isquémica en 1999n Angioplastia coronaria transluminal percutánea (stent) en descendente anterior por angina de esfuerzo en 2001, Angina inestable aguda e infarto agudo de miocardio con tratamiento fibrinolítico en septiembre del mismo año.

2. En el 2007 presentó sintomatología de angor de esfuerzo, angina estable de grado II-III. Los estudios realizados el 13 de julio acusan un deterioro de la función cardíaca porque la fracción de eyección era del 39%; la arteria coronaria descendente anterior -en la que se había colocado el stent en 1999- presentaba una oclusión del 95% y en su rama primera diagonal una lesión del 85%, y en la arteria coronaria derecha un oclusión del 100%. Esta lesión severa de los dos vasos determinó que el 16 de julio de 2007 se le propusiera para tratamiento quirúrgico programado consistente en doble bypass coronario.

3. Conforme a los criterios de ordenación temporal de las intervenciones quirúrgica, establecidos por la Sociedad Española de Cardiología y por la Sociedad Española de Cirugía, se le debió operar en un plazo de tres meses desde que se indicó la necesidad de intervenirlo. Es decir, la intervención se debió realizar antes del 17 de octubre de 2007. Sin embargo, fue intervenido el 24 de marzo de 2008, con lo que se excedió el tiempo aconsejable para la revascularización coronaria.

4. Durante el tiempo en que estuvo en lista de espera el paciente estuvo controlado médicamente sin presentar sintomatología ni evento de origen isquémico que pudiera revelar agravamiento o desestabilización de su cuadro clínico. Es decir, aunque al paciente se le intervino más allá del plazo recomendado de tres meses, esta dilación en operarlo no agravó su enfermedad, ni influyó en el resultado final.

5. Dada la patología cardíaca del paciente la contractilidad de su corazón no era adecuada por lo que era propenso a isquemia y arritmias, que podrían provocar su fallecimiento por infarto de miocardio. Para evitar este riesgo y mejorar o erradicar la angina coronaria era necesario la revascularización quirúrgica del corazón.

6. Entre los riesgos inherentes a esa intervención quirúrgica se incluyen el infarto de miocardio, las arritmias, la isquemia mesentérica y el fallecimiento.

7. El paciente firmó el documento de consentimiento informado donde se explican tanto los riesgos de no operarse como los riesgos de la intervención entre los cuales figuraban los mencionados en el apartado anterior.

8. El día de la intervención a las 12:15 horas se inició la inducción anestésica del paciente el cual cinco minutos después presentó arritmia consistente en fibrilación ventricular que precisó de siete desfibrilaciones, lidocaína, adrenalina, bicarbonato, antiarrítmicos, masaje cardíaco y circulación extracorpórea por medio de bomba por la femoral. Como segunda medida de asistencia se le colocó un balón de contrapulsación intraaórtico que le dio asistencia fisiológica al miocardio claudicante disminuyendo la demanda de oxígeno y mejorando la perfusión coronaria. Luego se le realizó el doble bypass coronario que restableció el flujo adecuado.

Sin embargo en el post operatorio siguieron presentándose episodios repetidos de fibrilación ventricular asistólica. A pesar de las maniobras de reanimación cardiopulmonar el paciente falleció.

9. Los informes médicos explican que la arritmia ventricular fue causada por una isquemia coronaria aguda que a pesar de la revascularización devino irreversible. Esta isquemia es un riesgo iatrogénico inherente a la cirugía que se le practicó al paciente.

10. La reclamante alega que la muerte de su esposo fue causada por la negligencia profesional del anestesista, el cual no siguió los protocolos médicos. No aporta ningún informe ni prueba médica que justifiquen esa afirmación.

III

1. El fallecimiento del paciente se debió a una fibrilación ventricular secundaria a una isquemia coronaria aguda, cuya presentación en cualquier momento era un riesgo seguro inherente a la patología cardíaca que sufría y para cuya evitación se sometió a la operación de revascularización. Esta intervención tiene el riesgo de que durante su práctica aparezca un episodio de dicha fibrilación ventricular sin que las técnicas y conocimientos médicos actuales puedan garantizar que siempre y en todo caso la revascularización pueda revertir la isquemia que la causa.

No hay ninguna prueba de que los facultativos no hayan empleado todos los medios exigidos por el estado del paciente para lograr su recuperación. Tampoco hay la menor prueba ni indicio de que hayan infringido la *lex artis ad hoc*.

El *exitus* del paciente no fue causado por la actuación de los cirujanos que lo intervinieron. Sin una relación de causa a efecto entre la actuación de los facultativos del SCS y el daño por el que se reclama es imposible que surja la obligación de indemnizar (art. 139.1 LPAC). Los daños cuya evitación están fuera del alcance de los conocimientos y fuerzas humanas no se pueden considerar causados por la actividad humana en que consiste el servicio público de asistencia sanitaria y, por tanto, no son indemnizables (art. 141.1 LPAC).

El daño por el que se reclama tampoco es antijurídico porque el paciente aceptó informada y conscientemente el riesgo de que se produjera el episodio luctuoso. El paciente al asumir los beneficios ciertos de la operación decidió entre la producción segura con el transcurso del tiempo de la claudicación del miocardio y la probable pero poco frecuente de que se produjera durante la operación. El consentimiento informado (arts. 8 y 10 de Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, LAP) constituye uno de los títulos jurídicos que obliga a soportar los daños iatrogénicos secundarios a una actuación médica correcta.

2. La aparición de la causa del fallecimiento era inherente a la patología del paciente. Podía surgir en cualquier momento. En su aparición no influyó el tiempo en que estuvo en lista de espera. El hecho de que esta espera se haya dilatado más allá de los tres meses recomendados desde que se indicó la necesidad de la intervención no agravó la patología del paciente ni influyó en modo alguno en que sufriera la fibrilación ventricular.

3. No obstante, constituye un funcionamiento irregular del SCS que se haya sobrepasado ese plazo aconsejable, que produjo al paciente y a su familia incertidumbre y sufrimiento. El acuerdo de terminación convencional ofrecido a la reclamante, y aceptado por ella, considera que tal situación constituyó un daño moral imputable al servicio sanitario, del que resulta responsable. Algunas sentencias de tribunales de lo contencioso-administrativo, ante pretensiones resarcitorias por el funcionamiento del servicio público de salud, han admitido que, pese a que la actuación médica ha sido correcta y no se le puede imputar la causación del daño material, ante la duda de si éste no se hubiera producido en caso de que la intervención médica se hubiera realizado antes, considera que se debe indemnizar el daño moral originado por la zozobra que engendra esa duda [SSTS (Sala de lo Civil) de 6 de julio de 1990, RJ 1990\5780 y (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de septiembre de 2001, RJ 2001\9178].

La Propuesta de Resolución, que propone suscribir el acuerdo de terminación convencional ofrecido a la reclamante y aceptado por ella, se considera por tanto conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de acuerdo indemnizatorio es conforme a Derecho.