Consejo Consultivo de Canarias

# D I C T A M E N 1 5 0 / 2 0 1 6

**(Sección 2ª)**

**La Laguna, a 16 de mayo de 2016.**

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero 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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 132/2016 IDS)*[*].

## F U N D A M E N T O S

### I

**1.** El objeto del presente dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución que culmina un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Canario de la Salud, iniciado el 25 de octubre de 2011 por (...), en el que solicita una indemnización por los daños producidos como consecuencia, dice, de la asistencia sanitaria prestada en un centro concertado con el Servicio Canario de la Salud.

**2.** La interesada no cuantifica la indemnización resultante de su reclamación por los daños sufridos. No obstante, de estimarse, dicha indemnización superaría ampliamente los 6.000 euros, lo que determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

[*] **Ponente: Sr. Lazcano Acedo.**

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

**4.** El Decreto 105/2006, de 20 de julio (BOC de 1 de agosto), entre otros asuntos, regula el régimen jurídico aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto que la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias suscriba con entidades privadas titulares de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Su art. 32 establece que en materia de responsabilidad se estará a lo dispuesto en la normativa general sobre contratación administrativa y procedimiento administrativo común. El apartado 2 determina la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares puedan establecer mecanismos que agilicen el procedimiento para hacer efectiva la acción de regreso en los supuestos en que la indemnización haya sido abonada por la Administración.

**5.** Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses desde su inicio, plazo que en el presente procedimiento se ha superado ampliamente (casi cinco años después de presentada la reclamación). Sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, con los efectos administrativos y aun económicos correspondientes (arts. 42.1 y 7; 43.1 y 4 y 141.3 (LRJAP-PAC).

**6.** En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones que lo regulan.

Así, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, tras su subsanación (art. 6.2 RPAPRP). Se han realizado asimismo los actos de instrucción precisos para la comprobación de los hechos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), emitiéndose los informes de los centros donde se prestó la asistencia sanitaria [Hospital (...) y Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria (HUNSC)] y el del Servicio de Inspección y Prestaciones.

Consta asimismo la apertura del preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente a la interesada, que no presentó alegaciones en el plazo concedido al efecto.

En el procedimiento se ha formulado la preceptiva Propuesta de Resolución -que desestima la reclamación formulada-, siendo informada por los Servicios Jurídicos, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero, que la estima conforme a Derecho.

En definitiva, no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten un dictamen de fondo.

## II

**1.** Como fundamento fáctico de su reclamación, el interesado alega en lo esencial:

«Que el día 29 de noviembre de 2010, fue intervenida de reducción de estómago en el Hospital (...), siendo dada de alta el día 1 de diciembre de 2010.

Que el 4 de diciembre de 2010, a las 01:00 horas, acude a Urgencias con gran dolor abdominal, le dicen que era un cólico y le recetan Nolotil. Vuelve a las 05:00 horas de esa misma madrugada porque no cesaba el dolor y la dejan hospitalizada, siendo reintervenida porque podía haber una pequeña úlcera.

Pasa los siguientes días en la UCI y el día 8 de diciembre de 2010 expulsa gran cantidad de sangre por la boca. Le hacen una endoscopia y le comentan que hay una pequeña úlcera producida por la operación y por los tubos.

La familia decide pedir el traslado al HUNSC. En dicho hospital le realizan muchas pruebas, analíticas, detectando una infección por la que estuvo en la UMI hasta el 25 de diciembre de 2010.

El diagnóstico final es pequeña fisura en el estómago con la que aun continua, teniendo que llevar un drenaje».

Con base en esos hechos considera que resulta evidente la relación de causalidad entre las lesiones producidas y el funcionamiento del servicio público sanitario, por lo que solicita una indemnización que no cuantifica.

**2.** La reclamante no alega una lesión permanente que haya quedado como secuela de la asistencia médica, sino únicamente reclama por el sufrimiento padecido desde que se operó, ya que estuvo en la UMI hasta el 25 de diciembre de 2010, con distintos ingresos en Urgencias, pruebas, con dolores y lo que le queda para su recuperación, ya que hasta el día de la presentación de la reclamación (25 de octubre de 2011) llevaba un drenaje.

De ello se deduce que imputa los daños a la asistencia recibida el día 29 de noviembre de 2010 en el Hospital (...).

**3.** Como prueba, la interesada propuso copia de su historial.

**4.** En la historia clínica obrante en el expediente queda acreditado lo siguiente:

- El 29 de noviembre de 2010, la reclamante ingresa en el Hospital (...), bajo el diagnóstico de obesidad mórbida, para realización de gastrectomía tubular laparoscópica. Tras la cirugía, ingresa en UCI.

- Previamente, el 13 de agosto de 2010, la interesada presta el consentimiento para laparoscopia de la obesidad, en cuyo documento consta como riesgo poco frecuente pero grave, entre otros, el sangrado o infección intraabdominal.

- El día 1 de diciembre de 2010, tras impresión de posoperatorio correcto, causa alta con cita en consultas externas para el 10 de diciembre de 2010.

- El 4 de diciembre de 2010, sobre la 01:00 horas de la madrugada, acude al Servicio de Urgencias del Hospital (...) por mal estado general y dolor abdominal.

Pese a lo alegado por la interesada, no consta en la historia clínica que ese día haya causado alta y vuelto a acudir horas más tarde (05:00 horas).

En el Servicio de Urgencias del Hospital (...) ingresa para estudio y tratamiento, bajo el diagnóstico de dolor abdominal en probable relación con sepsis posquirúrgica. Es intervenida de peritonitis posquirúrgica. Ingresa en la UCI donde evoluciona bien, con buen estado general y salida de líquido intestinal por drenaje abdominal, que va disminuyendo con los días.

- El 8 de diciembre de 2010, presenta dos episodios de hematemesis. Se realiza gastroscopia, apreciando zona ulcerada. Se deriva al HUNSC, donde ingresa en el Servicio de Medicina Intensiva desde el día 8 hasta el 26 de diciembre de 2010, bajo el diagnóstico de posoperatorio complicado de cirugía bariátrica y peritonitis secundaria HDA.

- Los días 14 y 22 de diciembre de 2010 se realizan sendos TACs, observándose un neumoperitoneo que empeora en el segundo. Imagen compatible con dehiscencia de suturas en cara laterolateral izquierda de la región del cardias.

- El día 26 de diciembre, se traslada a planta de hospitalización, donde permanece hasta el 21 de enero de 2011, causando alta hospitalaria, debido a su buen estado general.

**5.** El informe del Servicio de Inspección y Prestaciones presenta las siguientes conclusiones:

«La reclamante, debido a su obesidad mórbida, fue sometida a una de las técnicas de cirugía bariátrica, la gastrectomía tubular.

Mediante esta intervención se extirpa una gran parte del estómago, a expensas del fundus, eliminándose aproximadamente el 85% del estómago dejándolo finalmente con forma de tubo o manga. El estómago en forma de tubo queda cerrado de forma longitudinal con grapas.

Una vez finalizada, la intervención se comprueba la estanqueidad del estómago restante. En el presente caso consta en historia clínica que "se comprueba estanqueidad con azul de metileno"».

Además de esta comprobación, también consta realización de profilaxis antibiótica.

La actuación descrita en la hoja quirúrgica así como en el estado de la paciente durante la estancia tras la cirugía (buen estado general, estabilidad hemodinámica, buena tolerancia oral, constantes correctas, afebril, abdomen blando y depresible, no doloroso, peristaltismo presente) se alejan de la afirmación de la reclamante «el estómago debió cerrarse por los médicos que llevaron a cabo la operación y no se hizo».

No obstante, y a pesar de una buena técnica, esta cirugía lleva aparejada la posibilidad de diversas complicaciones que fueron conocidas, previamente por la reclamante. Como figura en el apartado de antecedentes, firmó, incluso en dos ocasiones, el documento de consentimiento informado.

Dentro de las posibles complicaciones, la reclamante sufrió HDA y fistula gástrica. La posibilidad de sangrado hacia el interior del estómago o a la cavidad peritonea, así como la presencia de fuga del contenido gástrico a través de la sutura realizada, están descritos. Se describe la presentación de la hemorragia entre un 0-6,4%. Informa el Jefe de Servicio de Cirugía del Hospital Universitario de Candelaria que, entre las complicaciones de la cirugía gastrectomía tubular, se encuentra la fistula en la porción alta de la sección que se puede presentar hasta en un 3-4%.

La HDA secundaria a úlcera de estrés (lesiones en mucosa gástrica en situaciones estresantes) fue controlada sin repercusiones.

Por otra parte, en la presentación de la fuga intervienen factores locales, alteraciones en el proceso normal de cicatrización, isquemia en la pared gástrica junto a la línea de grapado. De hecho, en el presente caso no apareció de inmediato tras la cirugía.

En estos casos de obesidad mórbida, incluso fugas pequeñas pueden tener graves consecuencias en relación en parte a la reserva cardiopulmonar disminuida, y porque aun alteraciones relativamente menores en la homeostasia pueden tener graves consecuencias.

En relación al tratamiento recibido, cabe indicar que el tratamiento conservador lleva mejores resultados que las reintervenciones, y además con menos mortalidad.

No obstante, cuando fracasa este tratamiento con persistencia de la fuga se recurre a otros como la endoprótesis que será retirada en las semanas siguientes.

Por otra parte, presentadas las complicaciones posibles en relación con la cirugía, fueron abordadas adecuadamente con el uso de los medios disponibles para su control y seguimiento.

**6.** Ni en la historia clínica ni en la documentación aportada por la interesada hay prueba médica de que la peritonitis posquirúrgica haya sido causada por la actuación incorrecta de los facultativos que le realizaron a la paciente la gastrectomía tubular laparoscópica.

Esa fístula gástrica fue la concreción de un riesgo del que fue informada previamente la paciente y que esta asumió al prestar su consentimiento a esa intervención; la cual, por lo demás, logró el éxito terapéutico pues consta en el expediente una reducción de peso de 60 kg. La infección –reiteramos, riesgo propio de la cirugía a la que se sometió- fue tratada tanto con una segunda intervención en el Hospital (...), como posteriormente en el HUNSC, no constando que a la reclamante le haya quedado secuela alguna.

## III

**1.** Como este Consejo ha recordado en distintas ocasiones, el Tribunal Supremo (Sentencia de 11 de abril de 2014) viene declarando que:

«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 la 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.

Dicho de otro modo, "como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004, indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad 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" (STS de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008)».

En el mismo sentido, la anterior Sentencia de esa misma Sala, de 19 abril 2011 (RJ 2011\3643) señala que:

«(...) la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración».

Conforme a esa jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos señalado que el criterio fundamental para determinar la existencia o ausencia de responsabilidad del servicio público de salud radica en si sus agentes han actuado con violación o de conformidad con la *lex artis ad hoc*; puesto que su funcionamiento consiste en 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 solo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo y que se aplican correctamente de acuerdo con el estado de los conocimientos médicos y las circunstancias personales del paciente. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Por esta razón, no están causados por la asistencia sanitaria pública los daños cuya aparición se debe 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.

**2.** Como se acaba de explicar, los posibles daños provocados por un acto médico o derivados de la plasmación de sus riesgos conocidos no están causados por la asistencia sanitaria correcta. Respecto a ellos, los arts. 4, 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, exigen que se informe al paciente con carácter previo a toda intervención médica a fin de obtener su consentimiento a ella, consentimiento previo que el paciente ha de prestar por escrito en los supuestos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

De la documentación clínica obrante en el expediente resulta que no hay prueba ni indicio alguno de que los facultativos que le realizaron a la paciente la gastrectomía tubular laparoscópica, como remedio a su obesidad mórbida, hayan incurrido en negligencia profesional. La infección fue la materialización de un riesgo iatrogénico cuya posibilidad de concreción la interesada aceptó debidamente informada de su existencia (folios 597 y 598), ya que frente al porcentaje mínimo de riesgo que presentaba las ventajas que ofrecía el tratamiento eran mayores que los perjuicios que hubiera ocasionado un tratamiento conservador de su patología.

El estado actual de los conocimientos médicos no puede garantizar al cien por cien que en la práctica de una gastrectomía tubular laparoscópica no se produzca un sangrado o infección intraabdominal. El art. 141.1 LRJAP-PAC establece que no son indemnizables los daños que no se pueden evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia en el momento de producirse aquéllos.

**3.** Por último, la fístula gástrica (que provocó la peritonitis posquirúrgica) fue tratada inmediatamente y no le ha dejado ninguna secuela a la reclamante. Fue una incidencia del tratamiento resuelta satisfactoriamente, constando en el expediente el éxito final del mismo con la pérdida de 60 kg de peso, objetivo perseguido con la cirugía laparoscópica de la obesidad mórbida.

## C O N C L U S I Ó N

No hay relación de causalidad entre los daños por los que se alega y el funcionamiento del servicio público sanitario, por lo que la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión de la reclamación de indemnización formulada por (...), al entender que no concurren los requisitos necesarios para declarar responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, se ajusta a Derecho.