



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 7 7 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 20 de diciembre de 2018.

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. 557/2018 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 29 de mayo de 2017, a instancia de (...), por la asistencia sanitaria recibida en la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Universitario Doctor Negrín, por su padre (...).

2. La reclamante solicita una indemnización por responsabilidad patrimonial sanitaria de 100.000 euros, en nombre propio y de la comunidad hereditaria, formada por los cuatro hijos del paciente fallecido, que muere sin testamento, según el Registro General de Actos de Última Voluntad.

La cantidad solicitada determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería 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 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 (LPACAP), normativa esta última aplicable porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; 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 y el Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente registro.

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina), suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, establece en su artículo 5 que una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. De igual manera, la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 19 de octubre de 2005, determina en su artículo 5 que se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones.

Sirve de orientación en la materia la Ley canaria 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida. Esta Ley no estaba en vigor cuando sucedieron los hechos.

3. No concurre extemporaneidad de la reclamación.

El auto de 4 de abril de 2017 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, notificado a la reclamante el 10 de abril de 2017, desestima el recurso de apelación interpuesto por (...), y confirma el auto de fecha 7 de febrero de 2017 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de las Palmas de Gran Canaria, que a su vez confirmaba el auto de 16 de octubre de 2015 por el que se acordaba el sobreseimiento de las diligencias previas 4427/15.

La reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone el 29 de mayo de 2017, por tanto, antes del transcurso del plazo de un año desde la notificación a la reclamante de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que confirma los dos autos de archivo con sobreseimiento de las diligencias previas dictados por el Juzgado de Instrucción nº 1 de las Palmas de Gran Canaria.

4. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP), sin embargo, aún expirado éste, 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).

5. 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) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, modificada por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de medidas tributarias, financieras, de organización y relativas al personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

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 del SCS.

6. En cuanto a la legitimación activa y pasiva.

(...) reclama en nombre propio y de la comunidad hereditaria, formada por los cuatro hijos del paciente fallecido. Ello obliga a concretar la naturaleza jurídica de lo reclamado, a efectos de determinar si la falta de consentimiento informado del propio paciente en la aplicación de la sedación paliativa y de la agonía, podría determinar un derecho de crédito a favor del paciente fallecido que se integra en la masa activa de la herencia (como sostiene la reclamante), o se trata de un derecho personalísimo que sólo se puede ejercer en nombre propio.

Sobre esta cuestión nos sirve de referencia la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, de la que podemos extraer que la falta de consentimiento informado del paciente, en este caso, si realmente existiera (cuestión controvertida), dado que la actuación médica fue correcta, como señala el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 04-04-2017, sólo podría considerarse un daño moral relacionado con la dignidad y la libertad del paciente, y no un daño por la asistencia sanitaria en sí misma considerada, pues ha quedado probado por las actuaciones penales previas, cuyos hechos probados nos vinculan, que el resultado del fallecimiento derivó de la enfermedad grave que el paciente padecía.

STS de 19 de julio de 2010: «En efecto, la parte recurrente entiende que la sentencia recurrida y las de contraste "se refieren a particulares que reclaman frente a una Administración pública en base a que se ha realizado una determinada intervención o

actuación médica, de la que se han derivado daños, ya sean físicos o morales, para el paciente, vulnerándose en todos los casos, y en el presente caso que nos ocupa, la obligación de obtener el consentimiento informado del enfermo, impuesta por el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y, posteriormente, por 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, siendo ésta la infracción legal que se le imputa a la sentencia recurrida junto a la que a continuación se menciona. Este quebrantamiento determina la vulneración de la *lex artis* y genera la obligación de la Administración de resarcir los perjuicios ocasionados, en virtud del artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". Y sobre esta particular, la sentencia recurrida razona lo siguiente: "QUINTO.- Lo que se ventila en autos es si pese a la falta de plasmación escrita, hubo o no realmente información para el consentimiento y, como consecuencia, consentimiento informado. Pues bien, para la probanza de ese extremo la STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2007 expresamente prevé la inversión de la regla general sobre la carga de la prueba. La regla general es que incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad patrimonial, a quien pretende exigirla de la Administración; ahora bien, cuando se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración es ésta la que asume tal carga. Es lo que ocurre en el caso de autos, en el que, además, no es exigible a la parte recurrente la prueba de esa omisión del consentimiento pues se le colocaría en la siempre difícil situación de tener que probar un hecho negativo. SEXTO.- Como última precisión hay que recordar que, aparte de lo dicho respecto de la DA 6ª Ley 41/2002, esa omisión de la forma escrita preceptiva no supone, per se, el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, para que esta nazca se requiere un resultado dañoso, real y efectivo ligado todo a la lesión de un bien jurídico. El instituto del consentimiento informado se basa en la dignidad y el respeto a la autonomía del paciente pues tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada entre las opciones clínicas disponibles (artículo 2.1 y 3). La consecuencia de lo dicho es que si, realmente, ha habido diálogo, información y consentimiento, al margen de la quiebra de la exigencia de forma escrita, lo cierto es que no se habrán dañado esos bienes que tutela la Ley 41/2002, luego desde la lógica del instituto de la responsabilidad patrimonial, no habría daño real y efectivo, pese al funcionamiento anormal del servicio público. SÉPTIMO.- En el caso de autos se parte de algo tampoco controvertido: que tratamiento del marido de la demandante (diagnóstico, intervención, pronóstico y tratamiento postoperatorio) fue correcto desde la *lex artis*. Se dice esto porque la Sentencia antes citada expresamente declara que «esta Sala igualmente ha señalado con absoluta nitidez que el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la "lex artis" y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, pero obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado ».

Es decir, no hay responsabilidad patrimonial por ausencia de consentimiento en abstracto, es decir, considerado ese instituto desgajado o al margen, del resultado del acto médico. Luego si el tratamiento ha sido correcto, no cabe resarcir pese a la omisión del consentimiento.

OCTAVO.- Lo dicho bastaría para desestimar la demanda, pero aun siendo esto así y puesto que la falta de consentimiento pudiera suponer un daño moral por lesionar los bienes tutelados por la Ley 41/2002 (dignidad, autonomía, respeto a la libertad), conviene al menos apreciar si realmente hubo o no ausencia, real, material o de hecho, de información para el consentimiento y del consentimiento informado. A estos efectos -exenta la parte de la carga probatoria- hay que estar a lo que se deduce del Expediente administrativo y en particular a los informes de los distintos facultativos que intervinieron en el caso de autos. Se deja al margen que para la transfusión sí obre tal consentimiento por escrito (folio 89) sin que conste la fecha, o que en el folio 46, aun si saber cuál es su alcance y sentido, en el registro de quirófano y bajo el epígrafe de "Cuidados planta prequirúrgicos" en la casilla "Información" aparezca una "X".

NOVENO.- Volviendo a lo crucial, el doctor (...) , Especialista en Cirugía General y Digestiva, informa (folios 15 y 16) que el 28 de diciembre de 2005 «hablo yo personalmente con la familia, la que me manifiesta el ruego de que no desean que el padre conozca la verdad de la situación»; el día 29 se reprograma el reingreso para el día 8 de enero «de conformidad con la familia» y se informa «a la familia de intervención quirúrgica de aumento de riesgo y de mal pronóstico»; el día 8 «hable (sic) con la familia y les manifieste (sic) la idea que tenía de realizar una Cirugía paliativa (...)» y «a la vez que les dije (sic) que si fuera mi padre lo haría igual, que por mi parte yo no le diría (sic) al enfermo que tenía un carcinoma gástrico (sic) (...)». Añade, por último, que le unía una relación de amistad con el paciente, que «no existe por escrito consentimiento informado del paciente en base a la petición de sus familiares directos de que no lo supiera» y concluye: «la familia estuvo correctamente informada (...)»

DÉCIMO.- Por su parte el Anestesiista informa (folio 17) que el hecho de llevar al paciente a la UVI es «comunicado a su familia para que no hubiere malas interpretaciones de que si iba a la UVI era por complicaciones intraoperatorias» y, por último, el responsable de Medicina Intensiva (folio 18) señala que «los ingresos y reingresos de los pacientes en nuestra Unidad (...) se informan previamente a los pacientes y a sus familiares, y la aceptación del mismo por su parte implica su consentimiento al tratamiento intensivo». Como bien puede deducirse de lo transcrito, los facultativos que trataron al paciente son unánimes: los familiares en lugar del paciente y como "interlocutores" ante los responsables médicos, optan por el llamado derecho a no saber, pero ellos sí estaban enterados -hubo información- y aprobaron la cirugía, luego hubo de hecho consentimiento informado .

DECIMO PRIMERO.- Por lo tanto, desde un punto de vista procesal y aunque se denegó el recibimiento a prueba del pleito, la Administración ha corrido con la carga de la prueba del hecho básico de este pleito -que hubo consentimiento informado - al constar todos esos informes en el Expediente al que todas las partes se remiten y, fundamentalmente, porque ante los mismos la parte actora no interesó la declaración de los facultativos para

contradecir o, al menos, contrastar lo que dijeron por medio de informe. En definitiva, habrá habido quiebra del deber formal de dejar constancia formal de todo ese proceso de diálogo que es el instituto del consentimiento informado, pero no hay daño real y efectivo a los bienes jurídicos que tutela: la dignidad, la libertad y la autonomía del paciente, ejercidas por sí o por medio de sus interlocutores, ya sea allegados o familiares, luego procede desestimar la demanda».

Sobre si la acción para reclamar el daño moral es transmisible a los herederos, es una cuestión que ha planteado amplio debate doctrinal y jurisprudencial.

«En lo que a la primera cuestión refiere, la posibilidad de transmisión mortis causa de la acción para reclamar el daño moral, ha sido debatida y muy discutida, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. La jurisprudencia que de forma más habitual se ha pronunciado sobre esta cuestión es la procedente de la Sala Primera del Tribunal Supremo que estableció la regla de intransmisibilidad mortis causa de la pretensión para el resarcimiento de los daños morales, admitiendo como excepción los casos en los que el perjudicado hubiera ejercitado la acción, falleciendo en el transcurso del proceso judicial. En tal caso, cabía estimar la legitimación activa de los herederos para seguir adelante con la reclamación y percibir finalmente la indemnización (SSTS 28 diciembre 1998, 3 diciembre 1999)».

El Tribunal Supremo en sentencia del 31.5.00 dice que «Las Sentencias de esta Sala han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (S. 22 mayo 1995), relativa e imprecisa (SS. 14 diciembre 1996 y 5 octubre 1998). Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual (Ss. 9 mayo 1984, 27 julio 1994, 22 noviembre 1997, 14 mayo y 12 julio 1999, entre otras), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del "pretium doloris" y los ataques a los derechos de la personalidad (S. 19 octubre de 1998). Ciertamente que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional (Sentencias 28 febrero, 9 y 14 diciembre 1994, y 21 octubre 1996), propiedad intelectual (igualmente con regulación legal), responsabilidad sanitaria (Sentencias 22 mayo 1995, 27 enero 1997, 28 diciembre 1998 y 27 septiembre 1999) y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho, (S. 27 julio 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual (Ss. 12 julio 1999, 18 noviembre 1998, 22 noviembre 1997, 20 mayo y 21 octubre 1996), lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria».

STS Sala Civil, sentencia 249/2015: «En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima

estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida (...)».

Sentencia 1089/2003, de 17 de octubre del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso Administrativo:

«C) No puede entenderse que el derecho al resarcimiento de la fallecida sea un derecho personalísimo no transmisible a sus herederos, su sufrimiento sí fue personalísimo mas es resarcible, compensable pecuniariamente, y tal resarcimiento constituye un derecho patrimonial, ya devengado una vez que el mismo se ha producido y susceptible de transmisión a sus herederos. No puede compartirse la idea expresada por la Administración de que se trataba de una mera expectativa de derecho que se extinguió con la muerte de la perjudicada, pues el daño moral ha provocado un derecho de resarcimiento pecuniario superior a una mera expectativa, constituyendo un derecho ya perfeccionado, susceptible de transmisión, así piénsese que si tal derecho ya hubiera sido reconocido en vía administrativa, el mismo hubiera por sucesión hereditaria ingresado en el patrimonio de los herederos, por lo que la muerte no puede alterar las consecuencias que se hubieran producido de no mediar la misma, y ello sin perjuicio de que a causa de la muerte se produjera, suceso entonces incierto, un perjuicio personal para los actores, susceptible de indemnización independiente, iure proprio, del que corresponde a la fallecida, ello con independencia de que de no haber mediado dicha muerte ya se hubieran podido producir perjuicios personales a los herederos».

Sentencia 425/2014, 14 de octubre, de la Audiencia Provincial de Valladolid:

«Este Tribunal se ha planteado si al fallecer la madre después de la víctima de esta causa, su derecho a percibir la indemnización desaparecía, acrecía la indemnización que pudiera corresponder al padre, o era transmisible a los herederos , y a tal efecto el Auto del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2014 [Ponente (...)], en un caso muy similar en este punto al presente, también por asesinato, se plantea si la indemnización otorgada a la madre de la víctima (fallecida poco tiempo después de los hechos) debe o no trascender a sus herederos legales, por tratarse de un daño personal e intransferible como es un daño moral, estimando el Tribunal Supremo que sí procede la transmisión del derecho a la responsabilidad civil que tenía la madre de la víctima, que falleció después de ocurrir los hechos, pues "el derecho a la indemnización es propio de la perjudicada y se adquiere por sus herederos al producirse la sucesión mortis causa". Sigue diciendo el Auto que sí es transmisible tal derecho si se tiene en cuenta que en el momento de cometerse los hechos la madre de la víctima

vivía, sufrió tal acontecimiento y generó por tanto ese derecho patrimonial a ser indemnizada por daño moral, derecho patrimonial que sí es transmisible a sus herederos».

A este respecto, la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de Octubre de 2013 (rec.780/2006) expone la problemática procesal al hilo de una reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial derivada de fallecimiento de funcionario como consecuencia de enfermedad contraída por deficientes condiciones de su puesto de trabajo.

Dice este fragmento de la sentencia:

«Ello nos lleva a la vieja problemática relativa al titular del resarcimiento del daño causado por la muerte, donde se prodigan posturas de signo contrario, la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por el vivo que muere y que transmite a título hereditario a sus herederos; y la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por los perjuicios que sufren los familiares allegados del muerto por razón de su muerte a título de responsabilidad patrimonial. El criterio del resarcimiento de los familiares perjudicados a título propio se ajusta mejor al norte de la justicia resarcitoria porque, de un lado, permite compensar perjuicios sufridos por quienes no son herederos y porque simultáneamente evita reconocer indemnización a herederos que no sufren perjuicios por la muerte de la víctima, como sucede con aquellos que no estén ligados afectivamente con la víctima o incluso, con el Estado, cuando, por falta de parientes, es el heredero de la víctima.

En este sentido, la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: “Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como “iure hereditatis”, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte “iure propio”, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en si del bien “vida” sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible “mortis causa” a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales “iure hereditatis”».

Llegados a este punto, podemos ver que el tema de la legitimación activa para reclamar daños morales como parte de la masa activa de la herencia o a título personal por el reclamante, es una cuestión polémica y ampliamente debatida por la doctrina y jurisprudencia, sobre la que nos pronunciaremos definitivamente al

analizar el fondo del asunto en el dictamen que se emita por este Consejo Consultivo, tras la retroacción de actuaciones, a la que nos referiremos en las conclusiones del presente Dictamen.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde al Servicio Canario de la Salud, como titular de la asistencia sanitaria prestada.

II

Principales trámites del procedimiento.

1.- La reclamante en su escrito inicial, señala entre otros extremos que su padre padecía un adenocarcinoma de pulmón (LSD). T4N2MX, STC III B y que tras ser ingresado en la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Dr. Negrín desde el día 28 de enero de 2014 fallece el 3 de febrero de 2014. La reclamante señala que “de la copia de la historia clínica del paciente fallecido en la que se constata la inexistencia de documento conteniendo el consentimiento informado debidamente firmado a la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Universitario Dr. Negrín para aplicar conforme al protocolo exigible legalmente, la sedación terminal que figura en las hojas de medicación administrada al paciente”.

Señala asimismo que por los mismos hechos se tramitaron las Diligencias Previas 4427/2015 del Juzgado de Instrucción nº 1 de las Palmas.

Solicita una indemnización de 100.000 euros.

2.- Mediante escrito de 6 de junio de 2017 le fue requerida la subsanación y mejora de su solicitud. Mediante escrito de 21 de junio de 2017 aporta copias del DNI, certificado de últimas voluntades, certificado de defunción y libro de familia.

El 30 de junio de 2017 aporta copia del Auto de 4 de abril de 2017 de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección. sexta) por la que se confirma el Auto de 7 de febrero de 2017 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Las Palmas de GC por el que se acordó el sobreseimiento de las citadas Diligencias previas.

3.- A la vista de los hechos referidos por la reclamante y una vez subsanado el escrito de reclamación inicial, ésta fue admitida a trámite mediante Resolución de 8 de agosto de 2017, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por supuesta responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, resolviéndose la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecidos y acordándose por el órgano instructor realizar cuantas actuaciones fueran necesarias

para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución que ponga fin al expediente y, entre ellos, la petición de informe a los servicios correspondientes, en especial, al servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable (petición que suspende el plazo máximo para resolver), impulsando de oficio la instrucción del procedimiento en todos sus trámites.

- En su virtud, se solicitó informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud, para que a la vista de la historia clínica y del que provenga del servicio cuyo funcionamiento hubiera ocasionado la presunta lesión indemnizable, se valore la existencia o no de relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada a la reclamante y los daños y perjuicios por los que reclama.

- El informe del Servicio de Inspección y Prestaciones fue emitido con fecha 3 de noviembre de 2017 al que además se acompaña la historia clínica, así como el informe preceptivo de la Unidad de Cuidados Paliativos.

4.- Fue dictado el oportuno Acuerdo Probatorio con fecha 9 de noviembre de 2017, debidamente notificado a la interesada.

5.- Ultimada la instrucción del procedimiento se procedió a dar preceptivo trámite de audiencia mediante Acuerdo de fecha 15 de febrero de 2018 notificado mediante correo certificado el 22 del mismo mes y año, y a cuya notificación se le adjuntó relación de documentos obrantes en el expediente administrativo.

Mediante comparecencia efectuada con fecha 9 de marzo de 2018 se entregó copia de la documentación solicitada por el reclamante.

La reclamante formuló las alegaciones que estimó convenientes reiterando los términos de su reclamación, cuestionando fundamentalmente la estancia del paciente en la unidad de cuidados paliativos del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, la medicación suministrada, así como la información facilitada a la esposa del paciente.

6.- La Propuesta de Resolución desestimatoria de las pretensiones de la reclamante fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias con fecha 4 de octubre de 2018.

7.- La Propuesta de Resolución del Secretario General del Servicio Canario de la Salud es suscrita el 30 de octubre de 2018.

III

Relación de los hechos.

De la propia Propuesta de Resolución cabe transcribir el relato de hechos que precedieron al fallecimiento del padre de la reclamante, y que son del siguiente tenor:

"A.- El paciente en Octubre de 2012, con 71 años, es diagnosticado en el HUGCDN de adenocarcinoma de pulmón con invasión mediastínica, estadio IIIB (T4 N2 Mx).

El promedio de duración de la supervivencia para este estadio es de 26 meses y la supervivencia estimada a los cinco años entre 1-3%

Por los especialistas oncólogos, tras finalizar los estudios de extensión pautan tratamiento concurrente mediante quimioterapia y radioterapia que recibe entre diciembre de 2012 y febrero de 2013.

En seguimiento posterior por Oncología médica, Oncología radioterápica y desde julio de 2013 por la Unidad de Cuidados Paliativos.

Consultas con otras especialidades: Angiología y cirugía vascular, Radiología vascular, Traumatología, etc.

Pruebas complementarias sucesivas: PET, TAC, Gammagrafía ósea, entre otras.

B.- El 7 de enero de 2014, en el Hospital General de Fuerteventura por presentar dificultad para hablar, mediante TAC craneal es diagnosticado de metástasis cerebrales múltiples.

Consta que el paciente y su esposa prefieren alta a domicilio y seguir su proceso en Las Palmas.

El 8 de enero de 2014, la esposa avisa telefónicamente al servicio de Oncología médica de HUGCDN de la presencia de metástasis cerebrales y se cursa el mismo día interconsulta urgente a Oncología Radioterápica

C.- Es valorado el 15 de enero de 2014 en Oncología radioterápica. El paciente presenta ahora Estadio IV del carcinoma de pulmón.

Se indica radioterapia craneal con intención paliativa iniciando el tratamiento el día 21 de enero de 2014.

D.- El 24 de enero de 2014 en consulta de Oncología médica consta: Está en control por la Unidad de cuidados paliativos, recibe radioterapia craneal paliativa, refiere que no le pasa bien la comida.

Asimismo el 28 de enero de 2014, Oncología Médica, el Dr. Negrín, por presentar disfagia decide valorar la realización de gastrostomía y solicita ingreso en la Unidad de Cuidados Paliativos. No existe otra circunstancia.

E.- Efectivamente ingresa en la UCP el día 28.01.14. "(...) El paciente refiere disfagia que ha empeorado progresivamente (...), astenia intensa con incapacidad para la deambulación precisando ayuda para todas las actividades de la vida diaria (...)".

El paciente es acompañado por su esposa.

Se solicita desde la UCP:

- Interconsulta con radiología vascular para gastrostomía, sonda PEG. Se programa para realizarla el día 3 de febrero de 2014. Ello a fin de procurar la alimentación en los procesos clínicos en que se ve disminuida o impedida la capacidad de deglución del paciente a pesar de poseer un sistema digestivo en funcionamiento.

La colocación de una sonda de PEG gastrostomía se utiliza en: a) de modo temporal en pacientes con cuadros potencialmente reversibles; b) en enfermedades irreversibles para las que se espera una supervivencia prolongada (mayor de 6 meses), y c) en enfermedades terminales y debilitantes con expectativa de vida relativamente prolongada, casos en los que la indicación e implementación de la técnica deberán ser individualizadas y consensuadas.

- Interconsulta con Radioterapia. Al día siguiente jueves 29 de enero la Dra. (...), especialista en Oncología radioterápica, suspende la radioterapia en espera de una mejoría clínica por cuadro compatible con infección respiratoria. No llega a reiniciarse.

F.- Al ingreso en la UCP, no existe constancia de medidas que la reclamante refiere como sedación terminal. Si la intención fuera esa, no justificaría las interconsultas ni la actitud intervencionista con las expectativas que ello pudiera generar.

Lo que sí se efectuó es Control de Síntomas, con tratamiento específicamente sintomático. En los casos de carcinomas avanzados se producen importantes

alteraciones funcionales y orgánicas en el individuo, síntomas de difícil control, algunos de los cuales pueden generar gran malestar. Existe medicación que puede aliviar el/los síntoma/s que causan malestar sin que se disminuya sensiblemente el nivel de conciencia. Ejemplo de ello es el uso de los opiáceos en el control del dolor, esto es lo que se denomina "control del síntoma", y no conlleva, necesariamente, sedación.

El paciente presentaba Índice de Karnofsky (IK) de 40, ello muestra el valor asignado a cada paciente de acuerdo con su grado de enfermedad y estado funcional (100 puntos = Normal, 0 puntos = muerto).

Es el día 30 de enero cuando añaden opiáceos al tratamiento. Explicando el tratamiento y toxicidad accediendo a ello, como consta en las notas clínicas.

En notas clínicas de 31 de enero de 2014, 14:49 h, consta: "Buen control de síntomas".

G.- En la madrugada del día 2 al 3 de febrero se produce agravamiento de la situación clínica y encontrándose en estado agónico, se habla con la esposa de la situación clínica irreversible y es cuando se retira toda la medicación e inicia tratamiento y sedación paliativa mediante perfusión con Midazolam, Escopolamina y Morfina.

Entendiendo la sedación paliativa como la administración deliberada de fármacos para producir una disminución suficientemente profunda y previsiblemente irreversible de la conciencia de un paciente, cuya muerte se prevé próxima, con la intención de aliviar un sufrimiento".

H.-El paciente es exitus a las 19:00 horas del día 3 de febrero de 2014.

IV

1. En su escrito inicial, y en el posterior de alegaciones, la reclamante no imputa a la Administración sanitaria una mala práctica por el tratamiento de la dolencia oncológica, que finalmente produjo la muerte, sino por la ausencia de consentimiento informado para los tratamientos paliativos, tanto para el inicial después de ingresar en la UCP como para el de la sedación paliativa en fase agónica.

Debemos dejar constancia que el Consejo Consultivo de Canarias no ha tenido acceso a través del expediente administrativo a los Autos del Juzgado de Instrucción nº 1 de las Palmas de Gran Canaria en las diligencias previas 4427/2015, ni al informe

médico forense. Por tanto, no podemos conocer en detalle si la valoración sobre la actuación médica que expresa el Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas dictado en el recurso de apelación contra los referidos Autos del Juzgado de Instrucción nº 1 de las Palmas de Gran Canaria, comprende sólo lo relativo a la asistencia médica propiamente dicha, o incluye también el consentimiento informado, base jurídica este último de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada contra el Servicio Canario de la Salud.

2. Interesa, en consecuencia, conocer si se solicitó y prestó tal consentimiento, ya por el paciente, ya por su esposa por imposibilidad o improcedencia en obtenerlo de aquél. En este último caso, resulta relevante conocer en qué consistió tal eventual imposibilidad o improcedencia, y también interesa saber si como parece deducirse de los informes aportados por el SCS al expediente tal consentimiento no se obtuvo por escrito, y por qué. Por lo demás, en el expediente no figura ningún testimonio directo de la esposa del fallecido, que pudiera contribuir a la probanza de los hechos, por lo que de existir resultaría oportuno reflejarlos en el mismo. Asimismo, procede tener constancia de si antes de la aplicación de los tratamientos que hicieran perder al enfermo la conciencia se le ofreció la oportunidad de satisfacer sus necesidades familiares, sociales y espirituales, tal como requiere la Guía de Sedación Paliativa de la Organización Médico Colegial de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos.

La carga de probar que se prestó el preceptivo consentimiento previo corresponde a la Administración (SSTS de 23 de octubre de 2007, RC 3071/03; y de 19 de julio de 2010, FJ 5º), por lo que deberá incorporarse al expediente un informe complementario de la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Dr. Negrín que aporte cuantos datos resulten suficientes para esclarecer las cuestiones planteadas en el párrafo anterior.

Una vez emitido tal informe, e incorporado al expediente, se otorgará nuevo trámite de vista y audiencia a la reclamante y a la esposa del paciente fallecido, para que puedan realizar las alegaciones y aportar los documentos que consideren oportunos. Formulada nueva Propuesta de Resolución, se remitirá a este Consejo para el preceptivo dictamen.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho, procediendo retrotraer el procedimiento para solicitar e incorporar el informe que se describe en el Fundamento IV de este Dictamen, otorgar a los interesados señalados trámite de vista y audiencia y formular nueva Propuesta de Resolución, que finalmente se remitirá a este Consejo Consultivo para el preceptivo dictamen.