



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 7 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 20 de marzo de 2019.

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 (...), (...) y (...) y (...), (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 55/2019 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS) tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dada las cuantías reclamadas por los distintos interesados, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarla el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. 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.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el Servicio Canario de Salud.

4. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma.

También son aplicables la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; y 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.

II

1. En cuanto al hecho lesivo, los interesados relatan en su escrito de reclamación la forma en la que se desarrolló, distinguiéndose al respecto dos momentos médicos, siendo el primero el siguiente:

«l.- En mayo 2015 el Dr. (...), diagnosticó a (...) ictericia obstructiva, quedando pendiente de averiguar la causa.

El 13 de junio de 2015 ingresa en la planta del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital Negrín para pruebas y diagnóstico sobre dicho síntoma. Se le practican todas las pruebas pertinentes, y se le diagnóstica Adenocarcinoma de la vía biliar.

El 1 de julio de 2015 le instauran una prótesis biliar para drenar la bilis, estabilizándose la bilirrubina y las demás enzimas hepáticas.

El 15 de julio 2015 le realizan intervención quirúrgica para intentar extirpar el tumor y, aunque estaba localizado y no era gran tamaño, ocurrió que el Dr. (...) y el Dr. (...) se encontraron un plastrón encima del mismo, no pudiendo por ello extirparlo. Al practicar la intervención quirúrgica se descartó la carcinomatosis peritoneal, no estando tampoco afectados los ganglios próximos. Posteriormente debido al poco éxito de la intervención, el comité de tumores decidió prescribir tratamiento de Quimioterapia y de Radioterapia, y nuevo estadiaje, para comprobar si reduciéndolo se podía extirpar.

Se le dio Alta hospitalaria el 23-7-2015, encontrándose el paciente con perfecto funcionamiento de la endoprotesis biliar implantada, teniendo totalmente regulada la bilirrubina y las demás enzimas hepáticas.

El 12 de agosto de 2015, el Dr. (...) de Digestivo solicita la realización de una endoscopia, para descartar infiltración en el estómago, y también que se practique biopsia duodenal. Practicadas, ambas resultaron negativas, no existiendo úlceras ni evidencia de infiltración neoplásica.

II.- Tratamiento de Quimioterapia.

El 8-10-2015 se inició en el Servicio de Oncología Médica quimioterapia con Gemcitabina bajo la supervisión de la Dra. (...).

El primer ciclo de tratamiento hasta el 17-12-2015 se realizó con muy buena tolerancia y analíticas perfectas, constando en su Historia Clínica el correcto funcionamiento de su función hepática, no volviendo a padecer ictericia debido a la endoprotesis biliar ya fija que tenía implantada. La Dra. (...) pauta un TAC de revisión del tumor, que se realiza el 21-12-2015, del que resulta que el tumor prácticamente estaba igual, lo que significaba, que la enfermedad estaba ESTABLE. La Dra. (...) y el Dr. (...) pautan la realización de un PET que se realiza el 29-12-2015 con muy buen resultado, no detectándose afectación neoplásica a otros niveles, solo el tumor de la vía biliar ya conocido.

III.- Tratamiento de Radioterapia concomitante con Quimioterapia.

El 18-1-2016 comienza la Radioterapia concomitante con quimio, manteniéndose hasta el 3-3-2016.

Durante todo este tratamiento las analíticas eran perfectas, incluida la función hepática, las sesiones de Radioterapia eran todos los días de lunes a viernes duraban 10 minutos aproximadamente, y la quimioterapia un día a la semana los jueves.

A partir de la 13 sesión de radioterapia y quimio, empezó el paciente a padecer vómitos, náuseas y malestar general. El tratamiento siguió desde 16 de marzo hasta el 27 de abril con quimioterapia solamente. Se puede constatar de las notas clínicas y médicas del servicio de Oncología Médica y de Oncología radioterápica que el paciente empezó a manifestar en las consultas de ambos servicios malestar digestivo, dolor abdominal, náuseas, vómitos, etc. sobre todo a partir de mediados de marzo 2016. El paciente estuvo acudiendo todos los jueves a consulta a oncología médica, habiendo terminado su tratamiento de quimioterapia el 27 de abril, pero debido a su mal estado, incluso con pérdida de peso, el Dr. (...) suspendió la última dosis prevista del mismo. Ese día en el Hospital de día de Oncología le ponen Zofran y URBASON inyectados, para ver si mejoraba su estado.

A partir de esta fecha 27 abril, aunque ya se había acabado el tratamiento, decidió el Dr. (...) que lo vieran en oncología médica todos los jueves, debido al cuadro médico sobre todo el dolor abdominal que tenía.

El Dr. (...), especialista en Digestivo de H. Negrín, envió un mensaje telefónico el día 29 abril 2016 contestando a la preocupación de la esposa por el estado de (...), indicándole que pidiera a los oncólogos que realizasen una Gastroscofia para averiguar la causa del dolor y vómitos.

El Dr. (...), adjunto, que se despide de la consulta de Oncología del Negrín el día 19 de mayo pues va destinado a un hospital de la península, ve a (...) ese día y nos informa de los

resultados de la ECO-ABDOMINAL Y DEL TAC, refiriéndole que el dolor no es tumoral, pues tanto la ecografía abdominal como el TAC evidenciaban que la endoprótesis biliar estaba bien colocada y el TAC informaba que el tumor había disminuido un poco, no existiendo incidencia de metástasis por zona abdominal. Por consiguiente, la enfermedad oncológica seguía ESTABLE, manifestando que había que seguir buscando el motivo del dolor digestivo y de esa pérdida acusada de peso.

Ese día como en los sucesivos jueves que acudía a consulta de oncología lo atendió el residente médico (...), insistiéndole la esposa su preocupación derivada de que (...) no mejoraba, a pesar de tener el TAC bien, solicitando que le realizase un endoscopia para visualizar el estómago, porque era realmente lo que le dolía sobre todo a las dos horas de haber comido, o que se le derivase a especialista en digestivo, contestando "señora me vuelve loco con la endoscopia, usted siempre tan preocupada y su marido más tranquilo, usted es sanitaria?".

Por más que le insistió al residente médico (...), éste se limitó a referir que la enfermedad oncológica está tranquila y estable, no haciendo caso a los síntomas que tenía el paciente que eran muy sospechosos de úlcera, pues ya le habían realizado eco-abdominal y TAC del resto de abdomen, sin resultado alguno».

2. El segundo momento en desarrollo del hecho lesivo es el siguiente, tal y como lo exponen los interesados:

«SEGUNDA. - Debido a esa falta de atención respecto a los síntomas referidos, (...) se mantiene sin diagnóstico ni tratamiento específico, hasta que se producen una serie de eventos hemorrágicos que derivan finalmente en su fallecimiento.

I.- Primera hemorragia.

El día 13 de junio 2016 a las 4 horas de la madrugada estando acostado en su domicilio, tuvo (...) un vomito de sangre, una especie de convulsión y deposición con melenas de sangre. Enseguida se llamó al 112, que acuden inmediatamente, volviendo a tener otro vómito de sangre con otra convulsión estando ya el médico de dicho servicio atendiéndolo. A continuación, lo trasladaron en ambulancia a Urgencias del Hospital Dr. Negrín donde sufre nuevos vómitos de sangre en abundancia y deposición con melenas.

Lo pasan a la Unidad de Críticos realizándole transfusiones de sangre. Urgentemente a las 8 de la mañana se le realiza la tan ansiada gastroscopia y efectivamente le diagnostican con dicha prueba una gran úlcera antral con fibrina y vasos visibles. Lo mantienen en urgencias hasta el día siguiente y el día 14 de junio ingresa en la planta de digestivo. El día 16 de junio paseando por el pasillo del hospital con su hija sufre un desmayo teniendo que recogerlo del suelo.

Desde que ingresó en urgencia y en planta los primeros días estuvo con suero, después dieta líquida, luego semi blanda. El día 17 junio le cambian a dieta solida e incorporación de

Adiro, a pesar de haber constatado la existencia de úlcera, pues según indica el Dr. (...) como no había sangrado hace tres días, se le va a dar dieta sólida. A la pregunta de si no se puede operar esta úlcera, la contestación era "las úlceras se curan solas con omeprazol en vena". En ningún momento se hizo interconsulta a un cirujano sobre dicha úlcera.

II.- Segunda hemorragia.

El día 18 de junio a las 04 horas, tras incorporarse en la cama, refiere fatiga, náuseas, así como sudor frío y a los pocos minutos sufre un gran vómito de sangre, acudiendo la Dra. (...) que ordena transfusión de sangre y demás medios; sobre las 05 horas sufre otro vómito de sangre llenando tres bateas; y a las 6,30 otro, y se vuelve a transfundir sangre. En ningún momento se avisa al cirujano para evaluar situación.

Le hacen una segunda endoscopia y le aplican argon-beam, informando que existe peligro de resangrado otra vez, pues lo que había ocurrido era un resangrado por hemorragia digestiva alta masiva secundaria a úlcera gástrica antral grande, gran coágulo adherido y anemia aguda severa. Todo eso escribe la Dra. (...), prescribiendo vigilancia estrecha, no avisando a cirujano alguno a pesar de la gravedad del paciente.

El día 19 junio 2016, a las 10,05 de la mañana, consta anotación en las notas clínicas señalando: veo que el paciente es alérgico a contraste yodado, si resangrado contactare con cirugía general digestiva (...). El lunes 20 junio a las 10 horas de la mañana le realizan endoscopia, informando que no ha mejorado con el tratamiento y ahora van a embolizar con tratamiento previo con corticoides. El Dr. (...) escribe el 21 de junio a las 11,27 en notas clínicas que se han realizado 3 endoscopias terapéuticas con esclerosis, hemo clips, argón y de nuevo hemo clips; una embolización trans-arterial (...) en caso de sangrado nueva embolización.

Sigue sin haber en los 8 días que llevaba el paciente ingresado ninguna interconsulta a cirugía para valorar posible intervención.

III.- Tercera hemorragia

El día 21 de junio a las 20,30 horas vuelve a tener vómitos de sangre por otro resangrado masivo.

Tienen que entubarlo, pues la hemorragia masiva no paraba, le transfunden sangre, sufre 3 paradas cardio respiratorias, sufre un shock hemorrágico, y es entonces cuando por primera vez se contacta con cirugía general para que conocieran el caso. La cirujana de guardia, Dra. (...), tras información del ingreso desde el día 13 de junio (...) refirió que "no había constancia en el servicio de cirugía de este paciente con esta patología que podía necesitarlos".

Por la misma se indica que la pérdida masiva de sangre y la situación del paciente provoca que la posibilidad de supervivencia de una intervención quirúrgica sea a esas alturas muy escasas.

Bajan a quirófano a (...), lo operan de la úlcera y finaliza la hemorragia y, aunque sale vivo de la operación, doce horas después fallece.

Del resultado del examen anatómico-patológico resulta que la úlcera no estaba causada por neoplasia alguna, siendo la misma producto del tratamiento recibido, y por ello, precozmente detectable y tratable por el servicio de oncología si se hubiese realizado una simple endoscopia digestiva alta y, en todo caso, susceptible de petición por el servicio de aparato digestivo de interconsulta para valoración y tratamiento, en su caso, por el departamento de cirugía, al que se avisa "in extremis" tras la tercera hemorragia masiva del paciente».

3. Los interesados basan su reclamación de responsabilidad patrimonial, específicamente en los dos motivos siguientes:

«De todo lo ocurrido extrae esta parte dos conclusiones:

Primera.- Que se ha producido un error en el diagnóstico de la úlcera por parte de oncología médica, considerando por todo lo explicado anteriormente que ha habido una mala praxis médica muy evidente por el residente que lo trataba de manera más directa, Dr. (...) quien, a pesar que el tratamiento con corticoides aplicado generaba riesgo evidente de úlcera no ordenó realizar una prueba diagnóstica simple como es una endoscopia digestiva, dejando transcurrir todo el mes de mayo y los primeros quince días de junio 2016 visitando al paciente cada jueves sin reaccionar ante sus preocupantes síntomas, limitándose a recetarle forticortín, impidiendo así una detección y tratamiento precoz de la úlcera.

Segunda. - Se ha producido igualmente un deficiente tratamiento por el servicio de aparato digestivo del mismo Hospital Negrín, donde ingresó (...) el 13 de junio 2016 derivado de urgencias como consecuencia de hemorragia digestiva alta por úlcera antral de 4 cm. con visualización de vaso.

El servicio de aparato digestivo se limita a tratamiento conservador a la espera de otra hemorragia, considerando esta parte que, tanto por el tamaño de la úlcera como por la visualización de vaso, se debió realizar interconsulta con el servicio de cirugía. No se hace un seguimiento endoscópico del estado de la úlcera tras la primera actuación sobre la misma (colocación de dos fiemo clips), prescribiendo ingestión de alimentos sólidos y medicación con adiro.

Todo ello provoca un agravamiento del paciente derivado de nuevas hemorragias, gran deterioro clínico y padecimiento de varias paradas cardíacas, siendo en ese momento cuando avisan al cirujano por primera vez, cuando debió haberse valorado con anterioridad por dicho servicio.

Al paciente le estabilizan de su enfermedad oncológica con una neoplasia en la vía biliar y muere de una úlcera tardíamente diagnosticada por no aplicación de endoscopia inocua e indebidamente tratada, y con tardía interconsulta al servicio de cirugía».

4. Por último, las indemnizaciones que solicitan los interesados son las siguientes:

- A (...), esposa del fallecido la cantidad de 132.036,06 euros.
- A (...), hija del fallecido, la cantidad de 98.892,00 euros.
- A (...), hija del fallecido, la cantidad de 66.117,75 euros.
- A (...), hermana del fallecido, la cantidad de 15.400,00 euros.
- A (...), hermana del fallecido, la cantidad de 15.400,00 C.
- A (...), hermano del fallecido, la cantidad de 15.400,00 euros.

Además, del abono de una serie de gastos que se enumeran en la reclamación formulada, ocasionados a causa del fallecimiento del afectado.

III

1. El procedimiento comenzó a través de la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuado el día 21 de junio de 2017.

El día 25 de julio de 2017, se dictó la Resolución núm. 2424/2017 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

2. En lo que se refiere a su tramitación, el procedimiento cuenta con el informe del SIP y los informes del Servicio de Oncología y del Servicio del Aparato Digestivo del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (HUGCDN).

3. Asimismo, en un primer momento se acordó conjuntamente la apertura del periodo probatorio y del trámite de vista y audiencia. Tras solicitar la interesada la práctica de una serie de pruebas, incluidas varias pruebas testificales, se dictó la Resolución núm. 340/2017 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se acordó la retroacción de las actuaciones con la finalidad de proceder a la apertura de un nuevo periodo probatorio, siendo admitidas todas las pruebas testificales excepto dos pruebas documentales que no se consideraron que guardaran relación con los hechos.

4. En cuanto a la práctica de las mismas se observa de la documentación incorporada al expediente varios problemas, siendo los siguientes:

- En primer lugar, no consta que se le tomara declaración testifical al Dr. (...), alegando el SCS que ya no presta sus servicios en el mismo, motivo por el que no se puede practicar tal prueba. Tampoco se practicó la testifical del Dr. (...), quien ya no trabaja en el HUGCDN, pero sí lo hace en el Hospital General de Fuerteventura, perteneciente al SCS. Finalmente, no prestaron declaración testifical dos testigos que mantenían relaciones de amistad y parentesco con el fallecido, pese a que se admitieron a trámite, las correspondientes a (...) y (...).

- En segundo lugar, los interesados presentan un escrito, con ocasión del segundo trámite de vista y audiencia que se les otorgó después de practicar alguna de las pruebas testificales propuestas, en el que manifiestan que durante las declaraciones de los testigos que se prestaron los días 7 y 8 de noviembre de 2018, a (...), que compareció a dicho acto, no se le permitió solicitar aclaraciones ni hacer repreguntas a los testigos, causándole con ello indefensión y, además, no se cumplió con lo dispuesto en el art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), al no requerírseles promesa o juramento a los testigos.

5. Por último, el día 5 de febrero de 2019 se emitió Propuesta de Resolución, vencido el plazo resolutorio, sin justificación para ello; no obstante, como se ha dicho, esta demora no impide resolver expresamente [arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP].

6. Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, puesto que el órgano instructor considera que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

2. Este Consejo Consultivo no puede entrar en el fondo del asunto, ya que es necesario que se practiquen las pruebas testificales que se han obviado sin justificación alguna, máxime teniendo en cuenta que se trata de los médicos actuantes, que evidentemente están colegiados, prestando incluso uno de ellos sus servicios en el ámbito del SCS, teniendo la Administración los medios precisos para

localizarlos y que se practiquen las pruebas testificales, pudiendo utilizar para ellos los medios telemáticos.

A este respecto, este Consejo Consultivo ha señalado en el Dictamen 122/2018, de 3 de abril, en el que se produjeron deficiencias procedimentales similares que:

«No obstante, el hecho de que la doctora (...) ya no pertenezca al SCS no constituye un obstáculo para que preste declaración testifical en el presente procedimiento y ello no sólo porque su testimonio es de vital importancia por razones más que evidentes, sino porque la no pertenencia de un testigo médico al SCS no supone un obstáculo legal para que preste su testimonio que, además, va a estar centrado en hechos acontecidos cuando la facultativo sí pertenecía al SCS.

Asimismo, la Administración cuenta con medios suficientes para localizar a la misma, Médico colegiada y destino profesional en el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza, y para practicar tal prueba sin que la misma tenga que trasladarse a la isla, es decir, hay medios telemáticos que facilitan su práctica, sin perjuicio de que pueda contestar por escrito al pliego de preguntas que se le remita. Por tanto, con la denegación de esta prueba se ha ocasionado una evidente indefensión al interesado», lo que es de aplicación al presente asunto.

3. Asimismo, examinadas las actas de prueba testifical en las que no se hace constar haberse exigido a los testigos juramento o promesa con carácter previo a su declaración, se debe informar por la funcionaria que practicó tales pruebas, si es cierto o no que se omitiera lo dispuesto en el art. 365 LEC y si se le impidió o no a la interesada solicitar aclaraciones a los testigos o realizarles repreguntas, en caso de ser cierto lo que ella manifiesta en su escrito de alegaciones, se debe practicar nuevamente las declaraciones testificales afectadas por tales deficiencias para evitarle indefensión.

Después de todo ello, se le otorgará nuevamente el trámite de vista y audiencia a los interesados y se emitirá una nueva Propuesta de Resolución, que será objeto del preceptivo Dictamen de este Organismo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones en los términos que se indica en el Fundamento IV.