



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 380/2019

(Sección 1ª)

La Laguna, a 29 de octubre de 2019.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias 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. 350/2019 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera 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.

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 n.º 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, y 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 n.º 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 resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la 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, y en consecuencia, formular propuesta de resolución, 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 se deduce la doctrina de que la falta de consentimiento informado del paciente, cuando la actuación médica fue correcta, 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 que el resultado del fallecimiento derivó de la enfermedad grave que el paciente padecía:

«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.- 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. DÉCIMO PRIMERO.- 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 de 31 de mayo de 2000 reflejó el origen y evolución del tratamiento jurisprudencial de la materia, señalando que «el daño moral constituye una noción dificultosa (STS 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 (SSTS 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 (STS 19 octubre de 1998). Ciertamente 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, (STS 27 julio 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual (SSTS 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».

Según la STS Sala Civil, 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 (...)».

En fin, la 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 proprio”, 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 sí 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”».

Aplicando toda esta doctrina jurisprudencial, consideramos que en este caso concreto, una vez firme la sentencia dictada en las diligencias previas 4427/2015, en la que se concluye, de conformidad con el informe del médico forense, que no se deducen irregularidades en el tratamiento ni atención médica prestada al fallecido que pudiera ser constitutivo de mala praxis, y dada la prejudicialidad penal, la decisión que se adopte en el orden administrativo queda vinculada por la prueba de los hechos en el orden penal (art. 10.2 de la LOPJ, 3 y 4 Lecr y 37.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). El mero fallecimiento de una persona no es en sí mismo un daño por el que proceda solicitar indemnización, por lo que no podemos hablar de un derecho de crédito del fallecido que se pueda incorporar a la masa activa de la herencia. Consideramos en consecuencia, que no existe legitimación de los herederos para reclamar por un derecho que no forma parte de la masa activa de la herencia. Por el contrario, se estima que la legitimación activa de la reclamante deriva de un derecho propio a reclamar en concepto de daño moral, por su especial relación de afecto con la persona fallecida.

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

II

1. La reclamante en su escrito inicial, presentado el 29 de mayo de 2017, señala entre otros extremos que su padre padecía un adenocarcinoma de pulmón 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 desde el primer día de su ingreso en la Unidad de Cuidados Paliativos, esto es el 28 de enero de 2014 y que condujo al fallecimiento del paciente en fecha 3 de febrero de 2014».

Señala asimismo que por los mismos hechos se tramitaron las diligencias previas 4427/2015 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria.

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 n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria 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 establecido 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, el 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 (SIP), 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, y se cierra con las siguientes conclusiones:

«1.- El ingreso en la UCP del HUGCDN el día 28 de enero de 2014 fue a instancias de Oncología Médica por tratarse de paciente en estadio IV de carcinoma de pulmón con afectación mediastínica y metástasis cerebrales múltiples, que presentaba imposibilidad para la deglución y que requería control de síntomas y tratamiento paliativo.

2.- El seguimiento y atención sanitaria prestada en la UCP fue correcta en todos sus términos, como así se menciona en los informes forenses, según referencia el Auto 273/2017 aportado por la reclamante.

3.- La sedación terminal se inicia en la mañana del tres de febrero de 2014, encontrándose el paciente en situación agónica, con síntomas difícilmente modificables.

4.- En ningún caso la sedación paliativa es la que provoca la muerte, sólo disminuye la conciencia evitando el sufrimiento hasta que sobreviene la muerte que era inminente.

5.- Existen anotaciones médicas y de enfermería que se refieren a la información al familiar presente, esposa».

4. Fue dictado el oportuno Acuerdo Probatorio con fecha 9 de noviembre de 2017, que fue 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 por 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.

8. El Dictamen del Consejo Consultivo 577/2018, de 20 de diciembre de 2018, ordenó retrotraer el procedimiento para solicitar e incorporar informe a efectos de conocer en qué consistió la eventual imposibilidad o improcedencia del consentimiento informado a la sedación terminal, y las razones para que el consentimiento no se obtuviera por escrito; posible testimonio directo de la esposa del fallecido, que pudiera contribuir a la probanza de los hechos y determinar 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.

9. Se retrotrajo el procedimiento y se solicitaron informes complementarios al SIP y a la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Dr. Negrín. El primero de estos informes añadió a su primer pronunciamiento lo siguiente:

«1.- El paciente ya se encontraba en seguimiento por la UCP en Fuerteventura, al menos desde julio de 2013, Dr. (...). Evaluación funcional PPS 90% (Doc 1). Recibía tratamiento farmacológico con buen control de síntomas (Doc. 2 consulta de Oncología Médica 17.07.13).

Por otra parte constan consultas en la UCP del HUGCDN, con la Dra. (...) en las fechas: 11, 17 de julio y 1 de agosto de 2013. (Doc. 3,4,5)

2.- El paciente y su esposa, residentes en Fuerteventura, el 7 de enero de 2014 deciden y manifiestan su deseo de efectuar el seguimiento de su proceso en Las Palmas (Doc 6).

Consta en la historia clínica de Atención Primaria en Fuerteventura, en la última consulta que efectuó su esposa el 8 de enero de 2014 (Doc 7), antes de trasladarse a Gran Canaria, que ya en esa fecha recibía tratamiento con: opiáceo, analgésico, antitusivo (codeína), corticoides (dexametasona), anticoagulante (hibor), ansiolítico (lorazepam), morfina 15 mg, 2 comp/12 horas (MST), broncodilatador (plusvent), entre otros.

3.- Una vez en Gran Canaria, el 24 de enero de 2014, el Dr. (...) (Oncología Médica HUGCDN) en consulta externa manuscrite: "(...) No más tratamiento quimioterápico. Solo control UCP (...)" (Doc 8). Por tal circunstancia y siguiendo las indicaciones de Oncología Médica es citado y evaluado el 28 de enero por el Dr. (...).

4.- Ese mismo día 28 de enero de 2014 el Dr. (...), en consulta externa de la UCP a las 11:45 h, por presentar astenia intensa (cansancio ante mínimos esfuerzos) y disfagia total (dificultad para tragar o deglutir líquidos y/o sólidos), a fin de realizar gastrostomía, así como para control sintomático/soporte, propone su ingreso en la UCP del HUGCDN.

El paciente voluntariamente ingresa en planta de hospitalización de UCP el día 28.01.14 alrededor de las 13:00 h.

La persona que le acompaña es su esposa (...), teléfono de referencia (...). No constan otros familiares.

La medicación pautaada: corticoides (dexametasona), antibioterapia (levofloxacino), anticoagulante (heparina, hibor), antisecretor (buscapina), broncodilatadores [salbutamol, atrovent (...)], etc (...), nos permite afirmar que no solo se prescriben fármacos que ya recibía sino que se descarta que se indicara sedación alguna.

5.- Sí existen Interconsultas formuladas el 28.01.14 por el Dr. (...), con carácter preferente, alrededor de las 13:30 horas (Doc 9 y 10):

- Para Oncología radioterápica, que por la Dra. (...) es respondida el 29.01.14.

- Para Radiología intervencionista, que por el Dr. (...) el 31.01.14 se programa gastrostomía para el 3 de febrero.

6.- A su ingreso en planta, por parte del Dr. (...) se reseña: "(...) astenia intensa con incapacidad para la deambulación precisando ayuda para todas las actividades de la vida diaria (...)". (Doc.11)

Asimismo, a su ingreso en planta por parte del personal de enfermería se describe: "(...) Refiere dolor en la pierna izquierda y pérdida de fuerza que le impide la bipedestación y el caminar (...)". (Doc.12)

Por otra parte en la Hoja de cuidados de enfermería consta desde el ingreso, que el paciente se encuentra encamado, con baño e higiene en cama, y la movilidad en cama. Por ello requiere cambios posturales y barandillas. (Doc.13)

7.- En la mañana del 30 de enero de 2014, se añade opiáceo Durogesic® dosis 24 mcg (2 parches tópicos de 12 mcg) para control de la disnea. El inicio del efecto del primer parche tarda algún tiempo, entre 12-24 horas (en ningún caso a las dos horas). Estos parches se cambian cada 72 horas. Existen presentaciones farmacéuticas de hasta 100 mcg.

El mecanismo de acción de este potente opiáceo, fentanilo en parches transdérmicos, produce una liberación sistémica continua durante las 72 horas de su periodo de aplicación. Los parches proporcionan durante 72 h, concentraciones plasmáticas casi constantes durante este periodo, si bien es efectivo a partir de las 12 h de la aplicación del primer parche, lo que ocasiona como inconveniente un retraso en el inicio de la acción.

Los opioides [morfina, fentanilo, buprenorfina, oxicodona, tapentadol, etc (...)] se han utilizado en el tratamiento de la disnea y constituyen el grupo terapéutico con mayor evidencia médica en el manejo de la disnea provocando disminución de la frecuencia respiratoria, disminuyendo la sensibilidad del centro respiratorio a la hipercapnia y por tanto mejorando su bienestar.

Consta en las notas clínicas a las 10:20 h: "(...) Explicamos el tratamiento y la toxicidad, tras lo que accede (...)" Esto es, al paciente se le explica por el facultativo responsable, la medicación (parches opioides) a administrar, los posibles efectos secundarios y muestra su aceptación.

La demostración de la existencia de tal información y aprobación se realiza mediante las anotaciones en la historia clínica.

Se destaca que la hora a la que se refleja por el personal asistencial, en las notas clínicas, los hechos evolutivos diarios es necesariamente posterior tanto a la valoración del paciente, como a la indicación del fármaco, como a la información al paciente. Por tanto, ni por su mecanismo de acción ni por las anotaciones diferidas, en ningún caso el Índice funcional Karnofski de 40 guardaría relación con la administración del parche Durogesic®.

8.- En notas clínicas de 31 de enero de 2014: 10:34 h. "(...) No toxicidad fentanilo (...)" 14:49 h, consta: "Buen control de síntomas (...)"

En anotaciones de enfermería del 1 de febrero 19:04 h: "(...) Pasa bien la tarde. Ha podido tomar líquidos (...)"

No se han practicado procedimientos invasivos, no ha existido la indicación de sedar ni disminuir el nivel de conciencia.

La hija reclamante manifiesta que este mismo día 1 de febrero a las 16:00 h contactó telefónicamente con su padre. Ello viene a explicar que no solamente pasa bien la tarde, sino que ha podido tomar líquidos a pesar de la disfagia que padecía y que ha podido mantener una conversación lo que desvirtúa una situación de disminución del nivel de conciencia o de sedación.

9.- Sin embargo, en horas entre el 1 de febrero (22:10 h) y el 2 de febrero (07:00h) consta incremento del dolor que precisó dosis extra de adolonta (tramadol: analgésico opiáceo) subcutánea a las 22:10 h y a las 07:00 h.

A las 23:00 horas del día 2 de febrero se administra buscapina subcutánea por abundantes secreciones.

La situación sigue agravándose y en la mañana del día 3 de febrero, el paciente encontrándose en estado agónico, es valorado por el médico correspondiendo sus síntomas a una situación de muerte inminente o muy próxima.

10.- Consta por parte del médico de la UCP: "(...) Se habla con la esposa de la situación clínica irreversible (...)" Consta en la Historia clínica por parte de enfermería "(...) Hablo con la señora y aclaro dudas (...)".

Esto es, la voluntad expresada verbalmente consta en la historia clínica, consentimiento delegado, sí hubo forma verbal y, por tanto, sí se cumplió con el deber de consentimiento informado. La teoría especializada en cuidados paliativos defiende que la forma verbal es suficiente siempre que quede constancia en la historia clínica.

En relación al Consentimiento Informado: La Guía de Sedación paliativa de la Organización médica colegial (OMC) y la Sociedad española de Cuidados Paliativos (SECPAL) expresa:

(...)

No debemos olvidar que el derecho del enfermo a recibir información clara y comprensible de su situación, tiene excepciones, como por ejemplo, cuando el enfermo renuncia al derecho a ser informado o cuando el médico, dadas las circunstancias personales del paciente, considera que le puede hacer más daño que beneficio. No tener en cuenta estos aspectos puede conducir a la "obstinación informativa" altamente indeseable por el daño que puede ocasionar.

En las situaciones al final de la vida no se recomienda, sin embargo, la firma de ningún documento de consentimiento a la sedación paliativa, aunque es preceptivo que el proceso de toma de decisiones figure con el máximo detalle en la historia clínica del paciente.

11.- Se inició la sedación terminal. Es exitus a las 19:00 horas del día 3 de febrero de 2014.

La reclamante, es avisada por su madre sobre las 10:30 horas del día siguiente 4 de febrero de 2014.

12.- En cuanto a la referencia que se realiza desde el Consejo Consultivo de Canarias: "(...) en el expediente no figura ningún testimonio directo de la esposa del fallecido, que pudiera contribuir (...)" se expone que la acompañante esposa del paciente, (...), no figura en los datos de tarjeta sanitaria en nuestra comunidad autónoma desde marzo de 2014.

13.- La hija reclamante no ha facilitado el informe médico forense obrante a la Diligencias Previas 4427/2015, no obstante la corrección de la actuación médica prestada en el Servicio de cuidados paliativos se refleja en el único documento que aporta, el Auto que desestima el recurso de apelación.

(...)

3: Los consentimientos informados fueron verbales y diarios a la esposa del enfermo debido a la situación avanzada de la enfermedad que impedía informar al enfermo. El

tratamiento del enfermo se fue instaurando paulatinamente en función de su evolución, informando verbalmente del tratamiento que se le iba a instaurar, a la esposa del paciente acompañante del mismo. En ningún momento la esposa puso en tela de juicio las actuaciones médicas que se iban tomando en la evolución del paciente.

(...)

Por todo lo expuesto, en el caso que se analiza no concurren los requisitos imprescindibles para que se genere la responsabilidad objetiva de la Administración».

10. Se concedió nuevo trámite de audiencia a la interesada, presentando el 9 de mayo de 2019 escrito de alegaciones con la correspondiente documentación, entre la que destaca un acta notarial de manifestaciones de (...) y copia de informe médico forense emitido en las diligencias previas 4427/2015.

En el acta de manifestaciones declara, en esencia, que no se le informó del empeoramiento de la enfermedad y que ni el enfermo ni ella dieron de forma escrita o verbal consentimiento para la sedación terminal.

11. Se emite Propuesta de Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud el 16 de septiembre de 2019 desestimando la reclamación de responsabilidad patrimonial.

III

1. La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTs -3ª- 29 de enero , 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de

responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso -«en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas»-;

B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

En cuanto a la carga de la prueba en estos procedimientos de responsabilidad administrativa, una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

2. En cuanto a la responsabilidad de la Administración sanitaria, el Tribunal Supremo ha fijado una ya muy sólida jurisprudencia.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que «la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) que el hecho de que la responsabilidad sea 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, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ha de tenerse en cuenta, pues, que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

3. También el Tribunal Supremo se ha pronunciado abundantemente sobre el consentimiento informado. La doctrina jurisprudencial sobre la información médica, en lo que aquí pueda interesar, cabe resumirla en los siguientes apartados: «1. La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses (SS., entre otras, 23 de noviembre de 2007, núm. 1.197; 4 de diciembre de 2007, núm. 1.251; 18 de junio de 2008, núm. 618). Es indispensable, y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza; 2. La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva (SS. 28 de junio de 2007, núm. 1.215; 29 de julio de 2008, núm. 743); revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (SS., entre otras, 29 de octubre de 2004; 26 de abril de 2007, núm. 467; 22 de noviembre de 2007, núm. 1.194); 3. Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SS. 17 de abril de 2007; 30 de abril de 2007; 28 de noviembre de 2007, núm. 1.215; 29 de julio de 2008, núm. 743). La Ley de Autonomía del Paciente 41/2002 señala como información básica (art. 10.1) “los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones”».

Pero además, la STS de 1/6/2011 precisó: «Como con reiteración ha declarado esta Sala la información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente

verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (SSTS 13 de octubre 2009; 27 de septiembre de 2010)».

También la STS de 27/12/2011 fija doctrina al respecto: «Es hecho probado que hubo información previa del consentimiento de la paciente y si bien se produjo en un documento insuficiente puesto que “no detalla de manera expresa las vicisitudes y circunstancias que acompañan a la intervención requerida que se pretende”, tuvo conocimiento cierto y cabal “de las circunstancias, complicaciones posibles, y todo tipo de vicisitudes que acompañan en este caso a una intervención de hernia discal, y que se propuso como solución al problema que la demandante sufría, y ese cabal y cierto conocimiento puede y debe deducirse no solamente del aspecto formal del documento suscrito sino de toda la evolución del tratamiento que se desplegó sobre la hoy demandante (...) La información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (SSTS 13 de octubre 2009; 27 de septiembre de 2010; 1 de junio 2011)».

Por lo demás, es obvio, puesto que así expresamente lo afirma la Ley, que el consentimiento «será verbal por regla general», para añadir a continuación aquellos supuestos en los que esa regla cede ante la necesidad de que el consentimiento sea por escrito cuando se trate 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.

4. Entrando ya en el concreto supuesto que nos ocupa, es posible concluir, a la vista del Auto de 4 de abril de 2017 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que desestima el recurso de apelación interpuesto por (...), contra el Auto de fecha 7 de febrero de 2017 dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria, que la actuación médica prestada por el servicio de Cuidados Paliativos del Hospital Doctor Negrín fue correcta. Este Auto en su fundamento de derecho segundo, se refiere a la corrección de la actuación médica prestada por el Servicio de Cuidados Paliativos del Hospital Doctor Negrín, como dictaminan los médicos forenses en los folios 150 y 151 de los testimonios remitidos.

Una vez que se aporta al expediente administrativo, tras el primer Dictamen del Consejo Consultivo, el informe médico forense, en el que se apoya la Audiencia Provincial para desestimar el recurso de apelación y confirmar el archivo de las diligencias previas, nos queda claro que no ha existido mala praxis tanto en lo relativo al tratamiento como a la información prestada al fallecido, pues señala tal

informe: «no se deducen irregularidades en el tratamiento ni atención médica prestada al fallecido que pudieran ser constitutivos de mala praxis».

En todo caso, resulta probado de los informes médicos obrantes en las actuaciones, no desvirtuados por la reclamante con ninguna prueba pericial de especialista en contrario, que no hubo sedación terminal desde el momento del ingreso en la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Dr. Negrín el 28-01-2014, como señala la reclamante, sino simplemente un control de síntomas mediante continuidad del tratamiento que recibía, ante la grave enfermedad que padecía el paciente: carcinoma de pulmón (Estadio IV), con metástasis cerebrales. La sedación terminal se instaura en el momento de entrar en estado agónico el 3 de febrero de 2014, dándose la información y obteniendo el consentimiento informado verbal de la esposa del fallecido, al no encontrarse el paciente en condiciones adecuadas para dar un consentimiento en ese momento. La Guía de Ciudadanos Paliativos admite que el consentimiento sea verbal dejando constancia en la historia clínica.

Debe entenderse probado que el enfermo estaba consciente tras su ingreso en la Unidad de Cuidados Paliativos, pues, por las declaraciones de la propia reclamante, esta mantuvo conversación telefónica con el paciente al menos en dos ocasiones: el 30 de enero de 2014 tras la llamada recibida de la Unidad de Radioterapia del Hospital Dr. Negrín, atendida por la reclamante, y el 1 de febrero de 2014 sobre las 16:00 horas.

La gravedad de la enfermedad del paciente constaba a la familia, por la información recibida de los médicos y por la evidencia de los hechos: Ingreso en la Unidad de Cuidados Paliativos, Carcinoma de Pulmón estadio IV con metástasis cerebrales, disfagia, infección respiratoria, dificultad deambulatoria (...) La reclamante conoció o pudo conocer por la información de la que disponía la esposa del paciente, de la que queda constancia en la historia clínica, la situación clínica del enfermo. La planificación familiar a efectos de testar o despedirse no es una cuestión que corresponda gestionar al Servicio Canario de la Salud, sino a la propia familia. Que la esposa del fallecido llamara a los hijos tras el fallecimiento y no antes, no es algo que se pueda imputar al Servicio Canario de la Salud, sino a la decisión personal de la esposa del fallecido y de la propia reclamante, que tras las llamadas telefónicas con el enfermo conoció o pudo conocer, directamente o a través de su madre, el ingreso del enfermo en la Unidad de Cuidados Paliativos, y su situación clínica. Los médicos no pueden predecir con exactitud el momento de la

muerte, por lo que las decisiones en estos casos deben obedecer a criterios personales basados en una planificación previa personal y familiar.

Todo ello sería suficiente para desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

5. Finalmente, a la vista de las alegaciones de la reclamante, ha de abordarse la cuestión de la carga de la prueba en este caso. Nuestro supuesto no es propiamente ni de medicina curativa, ni satisfactiva, sino de la paliativa. La carga de probar el consentimiento informado le corresponde a la Administración. Ello se deduce con claridad de la STS de 19 de julio de 2010:

«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 [RC 3071/03 (RJ 2007, 9372)] 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».

En el presente expediente la Administración sostiene que hubo consentimiento informado verbal, del que queda constancia en la historia clínica, lo cual es negado tanto por la reclamante como por la esposa del fallecido. El testimonio de la esposa del fallecido es solo un elemento de prueba más a considerar dentro del conjunto de la practicada. No obstante, damos prevalencia probatoria a las anotaciones que constan en la historia clínica, al informe médico forense y a las distintas resoluciones judiciales.

En atención a los hechos descritos con anterioridad, a las explicaciones y respuestas de la Administración sanitaria, que hemos consignado detalladamente, y a todo lo argumentado en este Fundamento, procede desestimar la reclamación.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por (...) es ajustada a Derecho.