Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 8 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 18 de febrero de 2021.

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. 19/2021 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 dadas las cuantías reclamadas por los distintos interesados, superiores a 6.000 euros, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), 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). Está legitimado para solicitarlo el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

También son de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); 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

[*] **Ponente: Sra. Marrero Sánchez.**

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.

3. Se cumple el requisito de legitimación activa de los interesados de conformidad con el art. 4.1.a) LPACAP.

En lo que respecta a la legitimación activa, los interesados reclaman por el daño que le ha supuesto el fallecimiento de su marido, padre y hermano, respectivamente, relación que se ha acreditado debidamente a través de la documentación aportada al expediente.

Este Consejo Consultivo ha señalado, en relación con la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos de la persona afectada por el hecho lesivo que le ha ocasionado su fallecimiento, como ocurre en este caso, lo siguiente (Dictamen 283/2020, de 9 de julio):

«En cuanto a la legitimación activa de los reclamantes, se plantea el problema jurídico de la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos del paciente fallecido. Caben distintas hipótesis: Una sería aquella que entiende que el daño genera un derecho de crédito para el fallecido que se incorpora a la masa activa de la herencia y se trasmite a sus herederos. Otra, que los herederos sólo pueden reclamar un daño moral a título propio, por los daños personales derivados de la asistencia sanitaria recibida. 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.

A este respecto, la 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. 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"´.

Nos inclinamos, de acuerdo con la sentencia invocada, por considerar que en este caso se reclama un daño moral, que sólo puede ejercitarse a título personalísimo por los herederos perjudicados y que, por tanto, no es un derecho de crédito que forme parte de la masa activa de la herencia».

Esta doctrina, por tanto, resulta ser plenamente aplicable al supuesto de hecho que aquí se analiza.

4. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. El órgano competente para instruir y 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.

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

7. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, al haberse presentado dentro del plazo de un año para reclamar establecido en el art. 67.1 LPACAP. Y es que la reclamación se interpuso el 21 de junio de 2017 a raíz del fallecimiento de (...) el 21 de junio de 2016.

II

1. En cuanto al acontecer del hecho lesivo, es necesario reproducir lo manifestado al respecto en los dos Dictámenes emitidos por este Consejo Consultivo anteriormente sobre este mismo asunto (DCCC 97/2019, de 20 de marzo y 22/2020, de 23 de enero).

«I.- 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 ulceras 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 H. 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 Gastroscopia 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 vómito 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 sólida 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 corno 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 anemización 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 contactaré 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 necesitarnos´.

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 anatomo-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"».

2. Además, en dichos Dictámenes constan las cuantías de las indemnizaciones solicitadas por los distintos interesados, que son las siguientes:

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

- (…), esposa del fallecido la cantidad de 132.036,06 euros.

- (…), hija del fallecido, la cantidad de 98.892,00 euros.

- (…), hija del fallecido, la cantidad de 66.117,75 euros.

- (…), hermana del fallecido, la cantidad de 15.400,00 euros.

- (…), hermana del fallecido, la cantidad de 15.400,00 C.

- (…), 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. Tras la correspondiente tramitación, el día 13 de diciembre de 2019 se emitió una segunda Propuesta de Resolución, que fue objeto del Dictamen de este Consejo Consultivo 22/2020, de 23 de enero, por el que se le requirió nuevamente a la Administración sanitaria la retroacción de las actuaciones con la finalidad, por un lado, de realizar nuevamente y en el modo expuesto en el Dictamen las declaraciones testificales del Dr. (…), el Dr. (…), la Dra. (…) y la Dra. (…), pues se señaló en dicho Dictamen con toda claridad, después de haber constatado que no se les tomó a los testigos juramento o promesa y que no se les formuló las preguntas generales, que:

«Por todo ello se considera, que habiéndose reconocido por el SCS que las testificales practicadas los días 7 y 8 de noviembre de 2018 en las personas del Dr. (…), el Dr. (…), la Dra. (…) y la Dra. (…), fueron realizadas contraviniendo lo dispuesto en el art. 365 LEC, y toda vez que dicha infracción puede producir indefensión al haberse vedado a la parte reclamante la oportunidad de conocer las concretas circunstancias concurrentes en los

testigos, susceptibles de dar lugar a una tacha o a la distinta determinación del alcance del valor probatorio de sus testimonios, y por lo tanto una merma de sus posibilidades de defensa, es por lo que, en congruencia con lo expuesto en el Dictamen de este Consejo 97/2019, de 20 de marzo, procede retrotraer las actuaciones a fin de que se practiquen las indicadas testificales con todas las garantías legales».

Sin embargo, en el expediente remitido a este Organismo no consta que se hayan practicado tales declaraciones testificales, ni se hace mención en la nueva Propuesta de Resolución a tal retroacción.

Por otro lado, también se solicitó la práctica de la declaración testifical del doctor (…), quien ya no prestaba servicios en el ámbito del SCS, practicándose la prueba a través de teleconferencia el 26 de noviembre de 2020.

3. Además, se les otorgó a los interesados el trámite de vista y audiencia, formulando alegaciones.

Por último, el día 15 de enero de 2021 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva.

4. 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. LRJSP).

IV

1. La nueva 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. Nuevamente este Consejo Consultivo no puede entrar a conocer el fondo del asunto, toda vez que se advierten una serie de defectos en la tramitación del procedimiento que determinan la retroacción del procedimiento. Así, pese a lo manifestado en el Dictamen 22/2020, en el que se consideraba que debía retrotraerse el procedimiento por producirse indefensión a los reclamantes y practicar las pruebas testificales del Dr. (…), el Dr. (…), la Dra. (…) y la Dra. (…), en la forma expuesta en el referido Dictamen, es decir, cumpliendo con la normativa reguladora de tal prueba, incluyendo el cumplimiento de los preceptos omitidos en el primer intento defectuoso de su práctica, especificado por este Consejo Consultivo, lo que implica que se debe prestar juramento o promesa por parte de los testigos y se le han de realizar las preguntas generales antes de que se les formulen las

correspondientes preguntas por los interesados, no obstante, del examen del expediente, se puede comprobar que las indicadas testificales no han sido practicadas, emitiéndose, a pesar de ello, propuesta de resolución.

Por lo que, procede retrotraer nuevamente el procedimiento, para llevar a cumplimiento la práctica de tales pruebas en la forma indicada en el Dictamen 22/2020, salvo renuncia expresa de la parte que las interesó. Una vez practicadas las mismas, se les otorgará a los interesados el trámite de vista y audiencia (art. 82 LPACAP) y se emitirá una nueva Propuesta de Resolución, sobre la que recaerá el preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, no se considera conforme a Derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones en los términos que se indican en el Fundamento IV.