



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 186/2021

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 15 de abril 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. 135/2021 IDS)**.

FUNDAMENTOS

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 de 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. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de los interesados, al haber sufrido presuntamente daños como consecuencia de la actuación sanitaria dispensada por el SCS [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 transmite 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 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" `.

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 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:

«I.- En mayo 2015 el Dr. (...), diagnosticó (...) 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 diagnostica 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 (...), 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 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 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 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 digestiv(...) 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 (...), 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”».

3. 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 mediante 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 la pruebas testificales excepto dos pruebas documentales que no se consideraron que guardaran relación con los hechos, tras lo cual se dio trámite de audiencia a los interesados.

4. Tras la correspondiente tramitación, el día 5 de febrero de 2019 se emitió Propuesta de Resolución, que fue objeto del Dictamen de este Organismo 97/2019,

de 20 de marzo. Posteriormente, se acordó la retroacción de las actuaciones, según le requirió este Organismo al SCS, para efectuar la práctica de diversas declaraciones testificales, entre las que se encuentra la del doctor (...), de especial importancia dada su participación en los hechos relatados, habiéndose realizado correctamente.

5. Después de practicadas las pruebas testificales de (...), (...) y (...), se emitió la Propuesta de Resolución definitiva el 13 de diciembre de 2019, sin haberle otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia a los interesados pese a que este Consejo Consultivo, en el referido Dictamen le señaló con toda claridad que *«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»*.

6. Esta última Propuesta de Resolución, 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 previo las declaraciones testificales del Dr. (...), el Dr. (...), la Dra. (...) y la Dra. (...), pues se señaló por este Consejo Consultivo, después de haber constatado que no se practicaron las testificales conforme a los arts. 365 y 367 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el modo en el que se tenían que practicar tales pruebas testificales.

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.

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

7. El día 15 de enero de 2021 se emitió una nueva Propuesta de Resolución, que fue objeto del Dictamen 68/2021, de 18 de febrero, por el que se instó una vez más que se practicaran las declaraciones testificales del Dr. (...), el Dr. (...), la Dra. (...) y la Dra. (...) en la forma exigida por la normativa reguladora de la materia.

Sin embargo, ello no se ha llevado a cabo, pues tras el referido Dictamen se ha emitido directamente una nueva Propuesta de Resolución de fecha 3 de marzo de 2021, de sentido desestimatorio.

8. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver lo que determina que la reclamación de responsabilidad patrimonial se entienda

presuntamente desestimada [arts. 21.2, 24.3.b) y 91.3 LPACAP]; sin embargo, aún expirado el plazo máximo para resolver, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP) sin vinculación al sentido del silencio administrativo producido, sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que la demora pueda comportar.

IV

1. Con carácter previo a entrar a conocer la cuestión de fondo, se hace necesario precisar que, este Consejo Consultivo mantiene su criterio de considerar que las pruebas testificales de los doctores (...), (...), (...) y (...) no se han practicado conforme a Derecho, de acuerdo con los razonamientos expuestos en el Dictamen 22/2020, de 23 de enero (los cuales se reiteran), motivo por el que no serán tenidas en cuenta a la hora de entrar a dilucidar el fondo del asunto, en cuyo estudio se entrará a continuación, toda vez que reiterar una vez más al órgano instructor la solicitud de llevar a cabo la correcta práctica de tales pruebas, supondría ocasionarle un grave perjuicio a los reclamantes al dilatar aún más, si cabe, la resolución del presente procedimiento.

Asimismo, es cierto que, en principio, podría considerarse que el hecho de que este Consejo Consultivo no tenga en cuenta tales pruebas pudiera ocasionar un perjuicio a los interesados, no obstante tal eventual perjuicio no se produce en el presente caso, puesto que, a la vista de sus testimonios, se deduce con claridad que los doctores citados como testigos no se apartan de lo manifestado en los diversos informes de los Servicios actuantes, que son contrarios a la postura mantenida por los interesados, y por ello no les afecta la decisión adoptada por este Organismo ante la omisión injustificada de lo requerido a la Administración sanitaria.

2. Entrando ya en el análisis de la cuestión planteada, la nueva Propuesta de Resolución, al igual que las anteriores, desestima la reclamación efectuada, puesto que el órgano instructor considera que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Frente a la postura de la Administración sanitaria, los interesados consideran que ha existido mala praxis médica por dos motivos, en primer lugar, por no haberle efectuado al paciente una endoscopia desde que comenzó a presentar vómitos entre marzo y abril de 2016, dilatando esta prueba hasta que presentó la primera hemorragia el día 13 de junio de 2016; y en segundo lugar, por haber retrasado la consulta al servicio de cirugía, una vez ingresado el paciente, tras haber presentado

vómitos con sangre, especialmente a partir del día 18 de junio de 2016, todo ello dentro del contexto del diagnóstico y tratamiento de la úlcera por parte de los Servicios de Oncología y de Aparato Digestivo del HUGCDN.

3. En cuanto a la primera cuestión planteada, esto es, la relativa a la práctica de la endoscopia, es necesario tener en cuenta lo manifestado al respecto por el doctor (...), oncólogo que trató al paciente, en su declaración testifical prestada a instancia de los interesados, manifestando que:

«El primero de ellos todo tratamiento de quimioterapia y radioterapia aún más en concurrencia tiene una serie de efectos adversos frecuentes, entre ellos dolor abdominal, náuseas y vómitos como se describe en la ficha técnica del fármaco empleado y en los efectos adversos generales de la radioterapia que además se puede objetivar en los ensayos clínicos donde se evidencia, por lo que es una complicación frecuente y conocida de estos tratamientos. Radiológicamente no se pueden describir los términos no relación del dolor con la persistencia de la enfermedad que tenía el paciente. El paciente puede tener dolor por el cáncer y por los tratamientos recibidos siendo esas dos las causas más frecuentes de los dolores en este tipo de tumor.

(...) Al paciente se le valora los posibles motivos para el dolor que pueden encajar con los efectos adversos habituales de este tratamiento y de este tipo de tumor, se instaura analgesia y medidas sintomáticas objetivándose mejoría clínica, por tanto ante una determinada mejoría clínica se le cita al paciente para un control posterior y en función de los hallazgos clínicos habría que valorar si procede alguna prueba diagnóstica o no, como se hace constar en la Historia Clínica del paciente. Los pacientes se recitan cada poco tiempo para valorar en función de la sintomatología la actitud a seguir y en este caso en la última valoración por mi persona se objetiva mejoría.

(...) Se opta por analgesia y tratamiento sintomático en base a la evidencia de que se trata de unos efectos adversos habituales en este tipo de tratamiento y se recita al paciente continuamente para valorar su evolución y dado que se observa mejoría no se solicita ninguna prueba añadida, recitándose al paciente de manera estrecha para valorar la evolución clínica.

(...) Los síntomas abdominales que presentaba el paciente eran inespecíficos siendo los más habituales los secundarios al tratamiento recibido, la complicación en forma de úlcera del paciente como se objetivó después, estaba en relación a progresión tumoral no evidenciada en el TAC posterior al tratamiento.

(...) Me repito, en la ficha técnica de la dexametasona, no existe contraindicación absoluta para recibirla en el caso del paciente, es un antiinflamatorio esteroideo, en cambio,

los antiinflamatorios no esteroideos, que no recibe el paciente, podría haber sido según el caso una contraindicación.

(...) En el momento que se pauta el Fortecortin no presentaba una clínica compatible con úlcera y repito, en la ficha técnica del fármaco no existe contraindicación».

Este importante testimonio se ha de poner en relación con lo manifestado por el SIP, basado en los informes de los Servicios actuantes, en el que se concluye señalando acerca de esta cuestión que:

«En relación al objeto de la reclamación, la sintomatología clínica presentada con dolor abdominal de inicio el 14 de mayo de 2016, náuseas y vómitos en paciente afecto de colangiocarcinoma irreseccable localmente avanzado, en tratamiento con quimioterapia y radioterapia, con endoscopia normal nueve meses antes, con ecografía y Tac abdominal de persistencia de lesión tumoral en mayo de 2016, con mejoría sintomática en la última consulta con Oncología el 2 de junio de 2016, sin compromiso hemodinámico no indicaría inicialmente la práctica de nueva endoscopia urgente».

4. Pues bien, lo manifestado por los Servicios actuantes acerca de esta primera cuestión determinan que los doctores que trataron al paciente actuaron en todo momento de acuerdo con los síntomas que el mismo presentaba que eran los propios de la medicación que se le estaba administrando para paliar el cáncer que el paciente sufría.

Además, la medicación concreta con la que se trataban tales síntomas (dolores y vómitos, entre otros) no estaba contraindicada, ni con el estado, ni con las características del paciente, no habiéndose demostrado que dicha medicación fuera causante de la úlcera, como tampoco el hecho de que su administración exigiera a los doctores sospechar, ante los síntomas que presentaba el paciente, de que padeciera una úlcera.

Los informes médico periciales que aportan los interesados únicamente afirman que se le debió practicar una endoscopia al paciente, pero sin explicar los motivos de ello, sin fundamentar la misma, ni tampoco determinando por qué sus síntomas no eran, a su juicio, los propios del cáncer y de la medicación con la que se trataba el mismo, sino específicamente los de una úlcera ajena al proceso cancerígeno que padecía.

Todo lo cual se ha de poner en conexión con la sintomatología que el paciente realmente presentó y el hecho de que se le estaba tratando con quimioterapia y radioterapia, las cuales propician, por sí mismas, dolores y vómitos como los que el paciente sufría, lo que permite concluir que tales informes periciales no logran

desvirtuar la realidad de las manifestaciones de los sanitarios que trataron al paciente, ni demuestran *mala praxis* por su parte en relación con esta primera cuestión.

5. Al respecto ha manifestado este Consejo Consultivo en el Dictamen 22/2021, de 28 de enero que:

«Al respecto en el Dictamen citado (DCCC 437/2020) se afirma que “Este Consejo Consultivo, en asuntos similares, ha señalado, como se hace en los DDCC 374/2015 y 85/2016, entre otros, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en relación con la prohibición de regreso a la hora de valorar un diagnóstico y una actuación médica inicial, que sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad, o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006; 19 de octubre 2007); todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi (leyes) del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, y 7 de mayo de 2007)”, doctrina que también resulta ser plenamente aplicable a este asunto.

9. Finalmente, este Consejo Consultivo ha reiterado en múltiples ocasiones (por todos, dictamen 339/2020, de 18 de septiembre), que según el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -norma no aplicable al presente caso, pero similar al art. 32.1 LRJSP-, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. Conforme dispone el art. 77.1 LPACAP en concordancia con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), la carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC, conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de

imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

Doctrina plenamente aplicable al presente asunto por las razones anteriormente expuestas.

6. En lo que respecta a la segunda cuestión, esto es, la relativa a la necesidad de que se practicase desde un primer momento cirugía para tratar la úlcera, se contesta a la misma de forma exhaustiva en el informe complementario que emitió el Servicio de Digestivo HUDGDN, cuya completa transcripción es necesaria para resolver jurídicamente esta compleja cuestión, señalándose en él lo siguiente:

«Es necesario reafirmar, antes de responder a la segunda cuestión, la condición de que la enfermedad que afecta (...) es un proceso neoplásico avanzado, un cáncer de vías biliares (colangiocarcinoma), irresecable en el momento de su diagnóstico, el verano del 2015, y sometido a tratamiento paliativo con quimioterapia y radioterapia con el mejor estándar de tratamiento, como ha destacado en varias ocasiones, y vuelve a incidir, el Servicio de Oncología. El pronóstico de estos cánceres es malo y la muerte del paciente suele acontecer en el plazo menor de un año.

Cuando en 2015 fue identificado el plastrón tumoral en la cirugía abierta a (...) ya se veía su infiltración de estructuras vecinas, como el duodeno, aunque en ese momento el tumor no llega a alcanzar la luz intestinal, como se advertía en la endoscopia realizada para ello en agosto del 2015. Se hace esperable que progresase la infiltración con el tiempo. Las pruebas de imagen topográficas realizadas con posterioridad, durante el tiempo de tratamiento quimioterápico y radioterapéutico, no mostraron respuesta ni completa ni parcial del cáncer al tratamiento, por lo que la infiltración de órganos vecinos era esperable.

Cuando en junio del 2016 el paciente ingresa en nuestro centro por sangrado digestivo alto y se le aprecia una gran úlcera gástrica, se actúa primero para estabilizar el enfermo y en segundo lugar para controlar el sangrado digestivo, si bien el paciente no está sangrando en ese momento. Se aplican medidas para evitar el resangrado, que es muy probable por las características morfológicas de la úlcera (grande y con vaso visible, Forrest IIa). No necesita transfusión de sangre al no cumplir los criterios consensuados en las guías terapéuticas. El riesgo de resangrado es alto, como se establece por la Clasificación de Forrest, que es una escala visual internacionalmente aceptada, basada solo en datos endoscópicos, pero muy buena predictora de riesgo de resangrado. Ello lo aclara la perito Dra. (...), en la página 6 de su evaluación pericial. Con estos datos endoscópicos y la morbilidad asociada (paciente oncológico, con cardiopatía previa y la edad) el paciente es ingresado en nuestro Servicio.

El tratamiento en el Servicio de Urgencias que se hace del primer episodio de hemorragia digestiva alta de origen no varicoso (no relacionado con hipertensión portal) es endoscópico, está indicado y es adecuado (doble terapia, con hemoclips). Distintos

metaanálisis han demostrado que el tratamiento endoscópico en los pacientes de alto riesgo reduce el riesgo de resangrado, la necesidad de cirugía y la mortalidad. No precisa de Intervención quirúrgica urgente. En consenso con las Guías Médicas y Manuales de Emergencia en Gastroenterología y Hepatología (Dr. (...) y Dr. (...), Manual de Emergencias, 2010, Asociación Española de Gastroenterología) es lo que se le realiza al paciente en este centro. La Dra. (...) acepta el algoritmo propuesto en las Guías y lo especifica en la página 7 de sus alegaciones. Tan eficaz es el tratamiento endoscópico que en los primeros días de ingreso el paciente permanece estable, no requiere traslado al Servicio de Cuidados Intensivos, ni al Servicio de Cirugía General. Sí presenta anemia con necesidad de transfundir sus primeros concentrados de hematíes, algo esperable en los enfermos que ingresan por sangrado digestivo y se rehidratan. Toleran la reintroducción de alimentos por boca y la reinstauración del tratamiento habitual. No olvidemos que (...) es cardiópata, con necesidad de intervención previa sobre coronarias dañadas (en las que portaba un stent).

En la impresión del endoscopista queda que el aspecto de esa úlcera es neoplásico y por ello se le trasmite a la esposa la gravedad del proceso morboso, con explicaciones por parte del personal médico adjudicado en planta. Se le refiere la necesidad de nueva endoscopia programada para recogida de muestras gástricas, que confirmen la primera impresión visual de que el cáncer ya ha alcanzado el estómago. Extremo clasificado por Oncología como estadio IVB del colangiocarcinoma, en caso de confirmación.

No es hasta el quinto día (ingresa el lunes 13 y acontece el viernes día 18) que el enfermo se inestabiliza y presenta su segundo episodio de hemorragia digestiva alta no varicosa. Ese día necesita atención urgente por el equipo médico de guardia, con transfusiones de varios concentrados de hematíes, sumando seis en total. El manejo que se hace es un procedimiento habitual y aceptado en los manuales: ante el fracaso de la primera endoscopia se puede plantear una segunda. Desde hace unos 20 años, se evaluó con estudios aleatorizados el manejo de los pacientes que venían a los hospitales sangrando por el tubo digestivo. Y en concreto la actitud ante las úlceras que resangran por fracaso endoscópico. Se demostró que repetir el tratamiento endoscópico reduce la necesidad de cirugía sin aumentar el riesgo de muerte (Lau JY. N Engl J Med 1999). La presencia de hipotensión o una úlcera igual o mayor a 2 centímetros fueron factores predictores de fracaso, como señalan los peritos, pero no está aceptado en los consensos que este tipo de pacientes requieran un manejo diferente, sino una atención médica más estrecha (que se le presta al paciente en este caso con el monitoreo de constantes y analíticas). No está justificada una intervención quirúrgica de rescate. En el caso de (...) el resangrado fue al quinto día, no en las primeras 24-48 horas. Vuelvo a recordar el algoritmo propuesto en las Guías y que especifica en la página 7 de sus alegaciones la Dra. (...)

En esta segunda endoscopia, del 18 de junio, se aprecia un coágulo adherido a la pared de la úlcera gástrica. Una situación menos grave que en la primera endoscopia (Clasificada

con Forrest IIb) y que se trata mediante la aplicación de termocoagulación. No está justificada una intervención quirúrgica de rescate. En los casos de segundo fracaso endoscópico sí es aceptada una actitud más agresiva, bien mediante embolización de vasos locales por técnica de Radiología Vascul ar o mediante técnica quirúrgica. En este sentido, la embolización arterial percutánea se ha descrito como una alternativa a la cirugía tras el fracaso de la terapia endoscópica, especialmente en pacientes de alto riesgo quirúrgico, con tasas descritas de hemostasia entre 52 y 98% con una recidiva hemorrágica en torno al 15%.

El día 20 de junio, lunes, con el resangrado controlado en planta de Digestivo hacía más de 24 horas, de manera "preventiva", se opta por revisión del árbol vascular gástrico, asumiendo el riesgo de que puede ser una úlcera neoplásica, de gran tamaño y que ha sangrado dos veces. De acuerdo con el Servicio de Radiología Vascul ar Intervencionista optamos por embolizar con coils las ramas sospechosas, aunque en ese instante no se apreciara la rama sangrante.

Ese mismo día se le practica la tercera endoscopia, programada desde el ingreso, para recogida de muestras que confirmen la sospecha inicial de cáncer subyacente, así como con intención de reevaluar la lesión.

A los tres días del segundo sangrado el paciente resangra, 21 de junio, siendo este su tercer episodio de hemorragia digestiva alta no varicosa. Se activa la valoración quirúrgica de acuerdo con los manuales avalados por las diferentes sociedades médicas.

El paciente no soporta el proceso y finalmente fallece por shock hemorrágico refractario provocado por el cáncer biliar (informe de Anatomía Patológica de pieza quirúrgica-gastrectomía parcial-del :22.0G: tejido adiposo perivisceral y tejido adiposo de pared gástrica que muestran infiltración por adenocarcinoma con perfil inmunohistoquímico compatible con origen biliar). Como está recogida en la literatura médica, los pacientes con hemorragia digestiva por tumores tienen una probabilidad de superar el sangrado de solo un 10% aproximadamente. La gran mayoría mueren por estos sangrados.

Conclusiones

El paciente ha fallecido de una hemorragia digestiva provocada por el colangiocarcinoma. El riesgo de resangrado intentó evitarse siguiendo las mejores prácticas y recomendaciones médicas recogidas en los Manuales de Emergencia de Gastroenterología y Hepatología. El sangrado digestivo fue recurrente, que no persistente. Manejable por técnica endoscópica en su primera recurrencia (al quinto día de Ingreso) y derivado a cirugía en su segunda aparición (al octavo día de Ingreso) tras haber incluido en el algoritmo terapéutico de este paciente el tratamiento mediante embolización arterial percutánea, sin conseguir control del proceso hemorrágico, como suele ocurrir en la mayoría de los sangrados oncológicos».

Este informe viene a acreditar que, durante el ingreso hospitalario iniciado el día 13 de junio de 2016, como consecuencia de las hemorragias que presentaba el paciente, se le trató conforme a *lex artis*, practicándose la intervención quirúrgica de la úlcera que padecía en el momento preciso en que la ciencia médica considera de debe efectuarse, máxime cuando ha quedado acreditado, tanto por la Administración sanitaria como por la pericial de parte, que se trata de un proceso escalonado, intentando resolver, en primer lugar, las hemorragias de la forma menos invasiva posible, dejando la cirugía como última opción, dados los peligros que la misma pudiera conllevar.

7. Por último, se ha de señalar, siguiendo la reiterada y constante Doctrina de este Consejo Consultivo en la materia, como se hace en el reciente Dictamen 95/2021, de 4 de marzo, entre otros muchos, que:

«Con carácter previo al análisis de la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre, 69/2019, de 28 de febrero, 341/2019, de 3 de octubre, y 442/2019, de 28 de noviembre), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

*Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).*

Por lo tanto, el criterio de la lex artis determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la lex artis, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP)».

Esta doctrina resulta ser aplicable al presente asunto, en el que los interesados no han logrado acreditar un mal funcionamiento del Servicio derivado de un diagnóstico y tratamiento inadecuado, pues, por el contrario, se ha probado por parte del SCS que el tratamiento era el adecuado y necesario para tratar la grave úlcera del paciente.

Por todo ello, este Consejo entiende que la asistencia prestada ha sido en todo momento conforme a la *lex artis ad hoc*, toda vez que, de un lado, no se ha acreditado la existencia de un daño antijurídico; y de otro, se pusieron a disposición de la paciente todos los medios que se consideraron necesarios para detectar y tratar su patología; esa adecuación de la asistencia sanitaria prestada a la *lex artis* rompe el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama y, por ende, impide, al ser un requisito esencial para ello, el surgimiento de la responsabilidad de la Administración prestadora del servicio, por lo que se ha de concluir que la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión resarcitoria de la reclamante, es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, se considera conforme a Derecho, por las razones que se indican en el Fundamento IV del presente dictamen.