



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 4 8 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 7 de noviembre de 2023.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera 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 (...), en representación de la comunidad de herederos de (...) formada por sus hijos (...), (...), (...), (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 379/2023 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. Los reclamantes solicitan una indemnización de 104.415 euros -folio 9-. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación de la Sra. Consejera 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 adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación además de la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Jurídico del Sector Público -en lo sucesivo, 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; y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

4. 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.

5. 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, apartado 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, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud.

6. Se cumple el requisito de legitimación activa y pasiva.

6.1. En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 16/2023, de 18 de enero - con cita del anterior Dictamen 66/2020, de 3 de marzo-:

«4.1.1. Respecto a la posibilidad de reclamación por daños -patrimoniales y extrapatrimoniales- derivados del fallecimiento, se ha de indicar lo siguiente:

La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma prácticamente unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de una familiar (daño no patrimonial).

El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, de modo que la indemnización no la perciben iure hereditatis, sino iure propio. Se trata de un criterio generalizado en el Derecho comparado europeo, en el que la privación de la vida, no se considera un daño a efectos de las normas que regulan la responsabilidad y no es indemnizable.

En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.

La jurisprudencia así lo viene señalando desde hace tiempo. En este sentido, las diversas Salas del Tribunal Supremo consideran hoy que están legitimadas para reclamar por la muerte de una persona quienes resulten personalmente perjudicados por ella, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él, de modo que ejercen un derecho originario y no derivativo. La STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril (RJ 2009/4131) señala lo siguiente: "es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure proprio, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del de cuius, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos".

4.1.2. Dicho lo anterior, se ha de añadir que, como muy bien señala la sentencia de 2 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.780/2006), " (...) 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'" (...).

Tal y como se cita en el Dictamen 292/2021, de 24 de mayo, de este Organismo consultivo «sólo podrán reclamar por el daño moral derivado del fallecimiento de (...) aquellos que posean: "vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida" (STS, de 4 de noviembre de 1999; STSJ de Navarra n.º 1089/2003, de 17 de octubre de 2003).

Al tratarse de un daño moral en los sentimientos, se hace necesario poner un límite a la condición de legitimado. Es obligado establecer un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad con la fallecida, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural, a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. El Tribunal Supremo, en algunos casos se refiere a "parientes más allegados". Según la jurisprudencia, puede establecerse un orden de preferencia:

1.- Los miembros de la familia nuclear, que en este caso se desconocen, si bien parece desprenderse de la reclamación que (...) estaba casada y tenía un hijo, que no se identifican (¿?). El dolor de la familia nuclear, es decir, marido e hijos, se presume, no requiere prueba (STS de 15 de abril de 1988). No obstante, estos, los más allegados, no formulan reclamación en este caso.

2.- Para el resto de los parientes no existe presunción, requiriéndose la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: Que pertenezcan de hecho a la familia nuclear por convivir con ella, o bien se demuestren fuertes e importantes vínculos afectivos, asimilándose a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia central.

En síntesis, la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera (STS de 2 de julio de 1979; STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familiar».

También resulta especialmente ilustrativo -en lo que a la legitimación activa se refiere- lo indicado en nuestro Dictamen 157/2022, de 26 de abril:

«En relación con la legitimación activa de los hijos del paciente fallecido, resulta aplicable la doctrina contenida en los dictámenes de este Consejo Consultivo, como la que contienen los Dictámenes 245/2015, de 6 de julio; 405/2015, de 6 de noviembre y 322/2019, de 10 de octubre, y de los cuales resulta que la legitimación de los hijos del fallecido se ejerce a título propio, en concepto de daño moral, por los lazos efectivos que les unía a aquel, y no a título hereditario, ya que el fallecido nunca ejerció en vida una acción que pudiera integrarse a su muerte en su patrimonio.

La madre y el hermano del fallecido reclaman en representación de éste invocando su cualidad de herederos, a pesar de que esta condición no concurre en la madre porque de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, que han aportado para acreditarla, resulta que renunció pura y simplemente a la herencia de su hijo.

El art. 139.1 LRJAP-PAC confiere acción para reclamar por las lesiones sufridas en bienes y derechos, de donde se sigue que está legitimado para ejercerla quien alegue la titularidad de un bien o derecho cuyo menoscabo impute al funcionamiento de un servicio público. Según el art. 139.2 LRJAP-PAC, ese menoscabo debe consistir en un daño evaluable económicamente porque, conforme al art. 139.1 LRJAP-PAC, la finalidad de la institución de la responsabilidad extracontractual no es punitiva, sino reparadora o compensadora. La vida humana no constituye objeto de un derecho patrimonial o de cualquier otra índole cuya titularidad corresponda a terceros. Es imposible considerarla como bien o derecho perteneciente al patrimonio de otro. La vida humana, como no tiene precio, tampoco es susceptible de evaluación económica.

La obligación de indemnizar el daño producido por la acción u omisión de un sujeto no surge del hecho causante, sino de su resultado lesivo que es el daño y que es lo que hay que resarcir. El primero sin el segundo no engendra responsabilidad patrimonial, por lo que en reclamaciones de la naturaleza de la presente esa responsabilidad surge siempre del hecho de la muerte, por lo que al extinguirse por ella la personalidad de la víctima, ésta no adquiere en vida ningún derecho a ser indemnizado que, integrado en su patrimonio, transmite luego mortis causa. Sólo los vivos son capaces de adquirir derechos y únicamente son transmisibles por vía hereditaria los derechos que al momento del fallecimiento del causante se hallasen integrados en su patrimonio. De ahí que si en nuestro Ordenamiento se contempla un derecho a indemnización por causa de muerte (art. 113 del Código Penal en relación con los arts. 138 a 143 y 621.2 del mismo, art. 1.902 del Código Civil, apartado 1º.5 del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor, etc.), su titularidad no es derivativa mortis causa ya que, como se ha visto, no puede sucederse en algo que no ha ingresado en el patrimonio del causante sino que es un derecho que se adquiere originariamente y que, por ende, es ejercitable ex iure proprio por aquellos que han sido perjudicados por la muerte de la víctima.

Este perjuicio lo sufren aquellos que compartían su vida con la víctima, formando una comunidad de vida a la que pone fin esa muerte que, eventualmente, puede producir una disminución de ingresos o un desamparo económico para los supervivientes y un daño moral por la ruptura de la íntima convivencia y de los lazos de afecto, presumiéndose este daño moral en sus parientes más directos por línea recta ascendente o descendiente, prefiriéndose siempre, con exclusión de los demás, a sus más estrechos allegados que son los que convivían con la víctima y compartían con ella sus ingresos comunes o dependían de ella económicamente; estimándose que no existe perjuicio indemnizable cuando nadie ha quedado desamparado o disminuido económicamente ni se ha sufrido daño moral, porque se había abandonado en vida a la víctima o roto toda relación con ella.

En la presente reclamación, los interesados no han alegado ningún perjuicio económico que les haya irrogado el óbito de su deudo, por lo que están legitimados exclusivamente por el daño moral que la muerte de aquél les ha causado».

En conclusión, a la luz de lo anteriormente expuesto, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa de (...) (hija de la paciente fallecida -(...)-) para reclamar por derecho propio y, simultáneamente, en interés de la comunidad hereditaria conformada por sus hermanos -(...), (...), (...) y (...)- la indemnización de los daños morales derivados del óbito de su madre [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la propia Administración Pública sanitaria.

Por lo demás, los interesados actúan mediante la representación de su abogado; constando debidamente acreditado en el expediente el poder de actuación de este último (art. 5 LPACAP).

6.2. 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.

7. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción (art. 67.1, párrafo primero LPACAP), toda vez que la reclamación se interpuso el día 23 de julio de 2021 teniendo como objeto la responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de (...) acaecida el día 10 de septiembre de 2020. Extremo éste que no es cuestionado por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

8. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

II

1. Los reclamantes promueven la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada a su madre - (...) - y que determinó, en última instancia, el fallecimiento de la paciente.

A este respecto, los reclamantes fundamentan su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -folios 4 y ss.-:

«SEGUNDO.- (...) de 72 años ingresó el día 11 de agosto de 2020 en el Hospital Universitario de Tenerife para una cirugía pancreática programada por tumoración pancreática. (...).

El 5 de mayo de 2020 se le realizó ecoendoscopia lineal y el 12 de agosto se realiza intervención quirúrgica en la que se halla "tumor mucinoso polilobulado en cabeza y proceso uncinado. Adenopatías en hilio hepático y retroportales.

No se objetivan lesiones a otro nivel extrapancreático, vía biliar mínimamente dilatada con Wirsung de aprox 1 cm. Páncreas duro de pequeño tamaño.

Disección de vena mesentérica superior hasta su porción retropancreática, vena porta libre. Arteria mesentérica superior sin datos de invasión tumoral. Colectomía de infundíbulo a fundus y sección de colédoco proximal (calibre <1cm). Sección pancreática con electrocoagulación, a nivel del cuello. Sección a nivel de cuerpo-antro gástrico con Echelon 60mm azules. Descruzamiento yeyunal y extracción de la pieza en bloque.

La técnica utilizada fue duodenopancreatectomía cefálica. Maniobra de Kocher extensa.

Contaje: falta una gasa. Se realiza escopia sin objetivarla claramente a pesar de múltiples comprobaciones del campo quirúrgico.

Drenajes x 2: blake superior derecho en anastomosis H-Y y anterior pancreática. Blake inferior derecho en cara posterior de anastomosis H-Y y posterior Gastro-yeyunal.

Cierre con PDS 00.2 hebras. Piel con grapas.

TERCERO.- La paciente evolucionó inicialmente de forma satisfactoria retirándose los drenajes de forma temprana por ausencia de signos de fuga biliar pancreática. Al octavo día de postoperatorio comienza con dificultad respiratoria siendo valorada por el servicio de Medicina Interna y tratándose como un cuadro de descompensación cardíaca dados los antecedentes de la paciente, ante la persistencia del cuadro e inicio de dolor abdominal y febrícula se solicitó TC urgente de abdomen el día 22 de agosto de 2020.

CUARTO.- En el TC realizado se observó anastomosis gastroyeyunal y pancreatoyeyunal dentro de la normalidad sin colecciones adyacentes que sugieran fuga de las mismas.

Tutor de anastomosis hepaticoyeyunal con extremo distal no abocado al asa asociando moderada cantidad de líquido pseudocoleccionado de aproximadamente 3 cm con burbuja aérea en su interior, a valorar posible fuga biliar. Vía biliar intrahepática no dilatada.

Posterior a vena mesentérica superior se visualiza colección de 4,4 x 2,7 cm con burbuja aérea e imagen lineal de densidad metálica sugestiva de cuerpo extraño en su interior. Moderada cantidad de líquido libre abdominopélvico. Derrame pleural bilateral de hasta 11 mm en el lado derecho.

Resto dentro de la normalidad.

Con dichos hallazgos de posible fuga biliar y posible cuerpo extraño se indicó laparotomía exploradora urgente.

QUINTO.- Que en la laparotomía se halló Peritonitis biliopurulenta en 4 cuadrantes. Se identifica fuga puntiforme a nivel de cara anterior de anastomosis hepaticoyeyunal. Gasa en espacio retropancreático, bajo anastomosis pancreaticoyeyunal, con datos de necrosis peri pancreática. No se objetiva clara fuga de anastomosis pancreaticoyeyunal. Anastomosis gastroyeyunal sin datos de complicación.

Extracción de gasa. Sutura en cara anterior de anastomosis H-Y con max on 6/0. No se visualiza el catéter a nivel de la anastomosis, que se encuentra normoposicionado. Tachosil envolviendo la anastomosis.

Puntos de aproximación de tejido pancreático a borde yeyunal en vertiente inferior de la anastomosis, con maxon 4/0. Se deja tachosil sobre la anastomosis. Lavado de cavidad con > 4 litros de Suero salado fisiológico.

- Blakes x 2: Derecho subhepático en ambiente de hepaticoyeyuno. I. retropancreático.

Cierre con PDS 00 (x3) previa liberación de la anastomosis. - Piel con grapas

SEXTO.- En el postoperatorio inmediato de la segunda intervención la paciente presentó débito biliar por el drenaje abdominal por lo que el día 23 de agosto se coloca drenaje biliar por vía transparietohepática por el servicio de angioradiología que es efectivo.

SÉPTIMO.- El día 25 de agosto comienza la paciente con deterioro respiratorio F. con presión venosa central muy elevada y oligoanuria por lo que es trasladada a UVI con el diagnóstico de descompensación cardiaca para tratamiento depurativo y antibiótico.

Durante su estancia en UVI comienza con débito pancreático por los drenajes abdominales que se maneja de forma conservadora con antibioterapia, antiseptores y dieta, y dada su buena evolución clínica y analítica se trasladó a planta el día 31 de agosto.

OCTAVO.- Una vez es trasladada a planta, el día 1 de septiembre presenta vomito hemático y débito sanguíneo abundante por los drenajes abdominales. Se realiza angiotac que confirma sangrado activo próximo a arteria mesentérica superior por lo que se localiza al angioradiólogo que emboliza aneurisma de rama de la esplénica.

NOVENO.- Durante los días sucesivos no vuelve a haber signos de sangrado y el débito pancreático por los drenajes cede, presentando analíticas sin leucocitosis y por baja, sin embargo clínicamente persiste desorientación y adormecimiento junto con discreta insuficiencia respiratoria.

DÉCIMO.- El día 11 de septiembre presenta parada cardiorrespiratoria no presenciada, siendo exitus a las 23:40.

Los motivos del fallecimiento según informe es:

- Adenocarcinoma de páncreas sobre TMPI
- Fuga biliar.
- Fuga pancreática.
- Sepsis de origen abdominal.
- Hemorragia por aneurisma rama arteria esplénica.
- Insuficiencia cardiaca.
- Insuficiencia respiratoria.
- Parada cardiorrespiratoria.

ÚNDÉCIMO.- *Del informe anterior se desprende que durante la estancia hospitalaria e intervenciones respecto de la Duodenopancreatectomía se estabilizó al paciente tanto de la fuga biliar y pancreática como de la hemorragia por aneurisma rama arteria esplénica.*

Sin embargo, en la intervención del día 12 de agosto se olvidó una gasa quirúrgica en el interior del paciente según contaje, y a pesar de ello se cerró al paciente con puntos de sutura y grapas. El 22 de agosto, diez días después, a la vista del dolor abdominal y febrícula, dificultades respiratorias, desorientación y adormecimiento que presentaba la paciente, se ordenó tac urgente en el que se detectó posible cuerpo extraño y realizándose ese día laparotomía exploradora se le extrajo la gasa en espacio retropancreático con datos de necrosis peripancreática, realizándose lavado de cavidad con 4 litros de SSF. Finalmente, el 11 de septiembre de 2020 fallece localizándose un cuadro séptico abdominal que desembocó en un shock séptico y consecuente parada cardiorrespiratoria.

Se trata de un descuido que tuvo fatal desenlace, pues de no haberse producido el olvido de la gasa quirúrgica o en cualquier caso su extracción temprana, hubiera evitado las complicaciones que culminó con el fallecimiento de la paciente, sin olvidar que durante la intervención se conocía que faltaba una gasa en el conteo. Tampoco resulta conforme a la buena praxis el conocer que durante 10 días estuvieron las gasas en el interior del cuerpo de la paciente, y el riesgo de infección que deriva de ello y que durante los días posteriores a su extracción no se hubieran realizado comprobaciones para descartar un cuadro séptico abdominal.

DUODÉCIMO.- *De los hechos descritos se desprende ajuicio del dicente la responsabilidad patrimonial por el mal funcionamiento del servicio público encargado de la sanidad de la perjudicada, teniendo en cuenta lo alegado en el fundamento undécimo».*

2. Partiendo de los hechos descritos anteriormente y dando por sentada la concurrencia de los requisitos sobre los que se fundamenta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, los reclamantes plantean

una pretensión indemnizatoria -con arreglo al baremo de indemnizaciones por accidente de tráfico regulado en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre- cuyo monto total asciende a la cantidad de 104.415 euros (*«20.833 euros por descendiente»* -folio 9-).

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1.- Mediante escrito con registro de entrada de 23 de julio de 2021 (...) (hija de la paciente fallecida -(...)-) actuando en nombre propio y, simultáneamente, en beneficio de la comunidad hereditaria, promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, y que determinó, en última instancia, el fallecimiento de la paciente.

2.- Con fecha 20 de agosto de 2021 se acuerda requerir a los interesados a fin de que subsanen y/o mejoren la reclamación formulada; trámite que es debidamente cumplimentado por el representante de los perjudicados el día 9 de septiembre de 2021.

3.- La reclamación extracontractual es admitida a trámite mediante Resolución de 21 de septiembre de 2021, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (P.D. Resolución de 23 de diciembre de 2014, BOC n.º 4, de 8 de enero), acordando la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y decretando, por el órgano instructor, realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al expediente; entre ellos, la petición de informe al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable.

La precitada Resolución consta debidamente notificada al representante de los interesados y a la entidad aseguradora del Servicio Canario de la Salud.

4.- Con fecha 20 de septiembre de 2021 se cursa la correspondiente petición de informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud -en lo sucesivo, SIP-, que es evacuado el día 11 de julio de 2023.

Asimismo, consta en el expediente la evacuación de informe por parte del Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario de Canarias, de 3 de diciembre de 2021.

5.- Con fecha 29 de marzo de 2023 se dicta acuerdo probatorio por el que se admiten a trámite las pruebas propuestas por los interesados y se incorporan -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Asimismo, se confiere a los interesados el plazo de un mes para aportar el informe pericial que proponen. Una vez transcurrido el plazo otorgado a tal efecto, no se aporta informe pericial.

El acuerdo probatorio figura notificado al representante de los reclamantes.

6.- Con fecha 2 de mayo de 2023 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia. Resolución que figura convenientemente notificada al representante de los interesados.

7.- Con fecha 16 de mayo de 2023 se presenta escrito de alegaciones por parte de los reclamantes.

8.- Con fecha 19 de mayo de 2023 -reiterado el día 20 de junio de 2023- la jefatura de Sección de normativa y Reclamaciones del Servicio Canario de Salud dirige oficio al SIP en el que se indica lo siguiente:

« (...) a la vista del informe del Servicio de Cirugía General y Digestiva del HUC, cabe concluir que el cuerpo extraño no fue la causa del fallecimiento de la paciente, (...), no obstante, queda acreditado que tras la intervención quedó una gasa en su interior y que ello motivó una siguiente intervención para su extracción.

Por lo que, se solicita cuantificación de la cantidad indemnizatoria procedente dado el daño antijurídico ocasionado a la paciente, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público».

9.- Con fecha 2 de agosto de 2023 se acuerda dar traslado del informe del SIP al representante de los interesados; habiéndose formulado alegaciones por parte de éste con fecha 17 de agosto de 2023.

10.- No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias (según se justifica en el Antecedente de Hecho quinto de la Propuesta de

Resolución, no así en el propio expediente administrativo), al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico *ex art. 20, letra j)* del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

11.- Con fecha 23 de agosto de 2023 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación extracontractual planteada « (...) *por (...), (...), (...), (...)* y (...), *al no concurrir los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*».

12.- Mediante oficio de 28 de agosto de 2023 (con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 5 de septiembre de 2023), se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias [art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC].

IV

1. Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo (entre otros, en su Dictamen 328/2020, de 10 de septiembre), «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”.

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. Por otro lado, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada «*lex artis ad hoc*».

En este sentido, 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 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»*.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: «Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.

Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la

Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Por tanto, ha de tenerse en cuenta 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.

En este mismo sentido se ha decantado este Consejo Consultivo de Canarias. Así, se ha de traer a colación, por ejemplo y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, de este Organismo, en el que se expresa lo siguiente:

«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física.

En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la lex artis, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la lex artis se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el

elemento de la lesión sino también la infracción de dicha lex artis. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad.

Este límite nos lo proporciona el criterio de la lex artis, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la lex artis (no siendo el daño antijurídico) mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la lex artis, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la lex artis se define como ad hoc, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece “El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este

precepto". Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a *lex artis*, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización».

3. Trasladadas las precedentes consideraciones al supuesto de hecho objeto de este Dictamen, se hace preciso señalar lo siguiente.

La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada por los interesados, al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, puesto que no se ha demostrado *mala praxis* en la atención sanitaria dispensada a la paciente.

En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones.

La reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ve perfectamente reflejada, entre otros, en el Dictamen 272/2019, de 11 de julio:

«Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del Código Civil (...), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*) así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*) y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (*notoria non egent probatione*) y los hechos negativos (*negativa non sunt probanda*). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)».

2. A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes

de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y 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. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. 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 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (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 aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

Finalmente, y como ha señalado de forma reiterada este Consejo Consultivo « (...) es necesario acreditar la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre el actuar administrativo y los daños que se reclamen, como se hace en los recientes Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero y 80/2017, de 15 de marzo, en los que se afirma que: “Además, como este Consejo ha manifestado recurrentemente (ver, por todos, los Dictámenes 238/2016, de 25 de julio y 343/2016, de 19 de octubre), sin la prueba de los hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y art. 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP). Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello la mera afirmación del reclamante, porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC)”».

Una vez examinado el contenido del expediente administrativo tramitado, y previa valoración conjunta de todo el material probatorio que obra en las presentes actuaciones, se considera que no resulta acreditado que la prestación sanitaria haya sido inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la «*lex artis ad hoc*». De esta manera, no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo.

En este sentido, resulta oportuno reproducir las consideraciones efectuadas por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución, al señalar -con remisión a los informes médicos evacuados durante la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial (art. 88.6 LPACAP)- cuanto se expone a continuación -folios 346 y ss.-:

«QUINTO.- El interesado reclama por la gasa que quedó en el interior de la paciente tras intervención quirúrgica y que no fue detectada hasta diez días después. Ello obligó a la paciente a someterse a una nueva intervención quirúrgica, sufriendo una sepsis abdominal que, finalmente, provocaría su fallecimiento.

El Servicio de Cirugía General y Digestiva del HUC, a la vista de la reclamación formulada y de la historia clínica de la paciente, informa, entre otros extremos, lo siguiente:

1.- Respecto de los antecedentes de la paciente:

- Se trataba de una paciente de 72 años ingresada en los meses de abril/mayo de 2020 por un cuadro de insuficiencia cardíaca congestiva, en contexto del cual se diagnostica una masa en cabeza pancreática.

En el informe de alta de Medicina Interna, fechado a 06.05.20, constan los siguientes diagnósticos médicos:

- Insuficiencia cardíaca congestiva.

- cardiopatía hipertensiva - Hipertrofia ventricular izquierda

- Insuficiencia respiratoria aguda parcial.

- Masa en cabeza de páncreas, tumor mucinoso papilar intraductal vs cistoadenoma seroso.

- Paniculitis mesentérica.

- Insuficiencia renal crónica agudizada.

2.- Respecto al objeto de la reclamación

Como se refleja debidamente en el protocolo quirúrgico del día 12.08.20, intraoperatoriamente se realizaron todas las maniobras necesarias para intentar identificar

cuerpos extraños que justificaran el recuento incorrecto. Tras múltiples comprobaciones, se decidió realizar una radiografía intraoperatoria, en la que, tanto el cirujano como el equipo quirúrgico no identificó cuerpo extraño alguno. Tras una cirugía prolongada y con un abdomen abierto por más de seis horas, y tras una comprobación exhaustiva, se consideró prudente realizar un cierre del abdomen, con una seguridad razonable de "falso contaje incorrecto".

Así se aconseja en múltiples protocolos. Cito el siguiente apéndice: "Después de agotarse todas las opciones de búsqueda, las normas deben estipular que se le haga una radiografía al paciente antes de que éste abandone el quirófano. El cirujano puede desear que se tome una radiografía inmediatamente con un portátil, pero también a causa de la situación del paciente o por tener una seguridad razonable, basada en la exploración de la herida, de que el artículo no está en el paciente, el cirujano puede preferir completar primero el cierre." "PROTOSCOLOS QUIRÚRGICO" Publicado en Enfermería Global N7 en noviembre de 2005. ISSN 1695-6141.

En el postoperatorio de la paciente se realizaron las analíticas pertinentes, tanto de sangre como de ambos drenajes quirúrgicos, sin objetivar datos de sepsis o fuga biliar y/o pancreática, por lo que se procedió a la retirada de los drenajes, siguiendo las recomendaciones de la guía RICA (Recuperación Intensificada en Cirugía Abdominal).

Al octavo día de postoperatorio comienza con disnea y taquipnea, siendo valorada por el Servicio de Medicina Interna, a quienes les impresiona tratarse de un cuadro de insuficiencia cardíaca descompensada, e inician el tratamiento pertinente (como así consta en la interconsulta hospitalaria realizada el día 20.08.20).

El sábado 22 de agosto, ante el inicio de dolor abdominal, se solicita analítica urgente que presenta, por primera vez, marcado ascenso de reactantes de fase aguda en la analítica (Leucocitos 25.000 y PCR 150 - previos 12.000 y PCR 80), por lo que se decide realización de un TC de abdomen y ante los resultados, reintervenir a la paciente. No hubo datos de sepsis ni de mala evolución clínica de la paciente hasta ese momento, con lo que no parece lógico que se hubiera realizado un TC previo a ese día.

Intraoperatoriamente: el cuerpo extraño se encontraba en línea media, en superposición con la columna vertebral y en localización retropancreática (inmediatamente posterior a la anastomosis pancreaticoyeyunal) lo que dificultó su visualización tanto radiográfica como in situ.

3.- Sobre si la paciente quedó estabilizada después de la Duodenopancreatectomía tanto de la fuga biliar y pancreática como de la hemorragia por aneurisma de la arteria esplénica.

En la cirugía de revisión del día 22.08.20 se describen datos de necrosis peripancreática pero no se objetiva fuga de la anastomosis pancreaticoyeyunal. Se refuerza con puntos de

maxon 6/0 la anastomosis biliar dado que se observa perforación puntiforme de la misma. Se realizaron en esta cirugía todas las comprobaciones pertinentes para intentar preservar las anastomosis en las mejores condiciones y minimizar, por tanto, el riesgo de fuga postoperatoria.

Dada la fuga biliar objetivada, se decide colocar catéter interno-externo mediante CTPH (colangiografía transparietohepática) en aras de disminuir la posibilidad de fuga postoperatoria. Este catéter se coloca el día 24.08.

En los comentarios de Recuperación de quirófano del día 23.08.21 se refleja lo siguiente:

“Hemodinámicamente estable, manteniendo tensiones entorno 135/70 mmHg en ritmo sinusal, FC: 75 lpm. Sin necesidad de amins. Hb: 9,2 mmHg, Lác: 0,7.

Respiratoriamente con GN al 32% para SatO₂ del 100%. Eupneica, sin aparante trabajo respiratorio. Auscultación pulmonar: MVC sin ruidos sobreañadidos. pO₂:92 mmHg, pAFi 288 mmHg, sin retención de carbónico”.

Una vez en planta de hospitalización, la paciente presenta evolución tórpida desde el punto de vista respiratorio, precisando ingreso en UCI, con los siguientes diagnósticos:

- Sepsis de origen abdominal (tratada)
- Insuficiencia cardíaca congestiva
- Insuficiencia renal aguda AKI 3
- Fuga biliar (tratada con CTPH)

Tanto las complicaciones respiratorias como el sangrado secundario al pseudoaneurisma de la arteria esplénica (11 días después de la retirada del cuerpo extraño y 21 días después de la Duodenopancreatectomía) no parecen, en cualquier caso, relacionados con la presencia del cuerpo extraño ni con la reintervención quirúrgica, y se encuentran dentro de las complicaciones posibles asociadas a una intervención de Whipple en un paciente con los antecedentes médicos descritos.

4.- Las gasas no fueron “olvidadas”; la palabra olvido implica “hecho de no recordar algo concreto” y, en este caso, como queda reflejado en el informe, se recordó en todo momento el conteo incorrecto intraoperatorio y fue, además, explicado verbalmente a los familiares.

La sepsis abdominal en el contexto de la cirugía pancreática es una complicación recogida dentro del consentimiento informado. En este caso se trataba de una paciente con alto riesgo tanto por comorbilidades como por edad; este riesgo fue asumido tanto por la paciente como por la familia al tratarse del único tratamiento curativo para el adenocarcinoma de páncreas.

5. - Causa del fallecimiento.

El día del fallecimiento de la paciente la analítica no reflejaba un empeoramiento, no tenía datos de SIRS/Sepsis (PCR 40, sin leucocitosis asociada), con hemoglobina en 8.2gr/dl, sin marcada anemia respecto a previas.

Fue valorada por Medicina Interna la mañana del 10/09/20 quienes ajustaron tratamiento médico, sin objetivar deterioro F. que justificara la posterior parada cardiorespiratoria.

Durante la valoración en el pase de planta, no hubo signos de sangrado, fuga biliar o pancreática que justificaran modificar la actitud terapéutica. Se drenó hematoma antiguo en pared abdominal, que se envió a cultivar (cultivo negativo).

Según comentarios de enfermería de esa misma tarde "Paciente afebril y estable".

En este contexto, sólo se puede interpretar como multifactorial, en el contexto de múltiples complicaciones postoperatorias tanto médicas como quirúrgicas que derivaron en una insuficiencia respiratoria severa y el consecuente agotamiento de las reservas de la paciente.

SEXTO.- Los interesados, en su escrito de alegaciones, de 10 de agosto de 2023, vuelven a insistir en que la gasa que quedó en el cuerpo de la paciente le supuso un padecimiento que tuvo que soportar durante días, dado que inmediatamente no se realizó un TAC para su detección, prueba que hubiera sido más eficaz que la radiografía inicial. Insisten en que el TAC sólo se realizó, diez días después, cuando ya existía sospecha de sepsis.

Como concluyó el SIP en su informe de 11 de julio de 2023, en todo momento la paciente estuvo bajo seguimiento con los controles, pruebas y tratamientos oportunos de acuerdo a su evolución; se actuó adecuadamente, procediendo al cierre de la herida quirúrgica previo a la comprobación exhaustiva de la cavidad abdominal tanto manual como por rayos x, dato que queda recogido en la historia clínica, es decir, no se trataba de un descuido ni de algo que se dejó olvidado. Posteriormente, la paciente estuvo controlada tanto por cirugía como por enfermería, con seguimiento de los drenajes y de su evolución, conociéndose que en los controles analíticos realizados desde el día de la cirugía no habían datos de sepsis ni de fugas biliar/pancreática, datos que traducen una evolución postquirúrgica adecuada.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, queda sobradamente acreditado que no existió un nexo causal entre la gasa que quedó en el cuerpo de la paciente y su fallecimiento, que fue el resultado de múltiples factores, donde destacan sus antecedentes y las complicaciones adherentes a la intervención (Duodenopancreatectomía) a la que libremente se sometió y, de cuyos riesgos estaba debidamente informada. La STS de 27 de mayo de 2013 afirma que " (...) El contenido del consentimiento informado comprende transmitir al paciente, es decir a la persona que requiere asistencia sanitaria todos los

riesgos a los que se expone en una intervención quirúrgica precisando de forma detallada las posibilidades, conocidas, de resultados con complicaciones. De esa manera se refuerza el derecho a la autonomía del paciente (...)”.

Es por lo que, descartada la relación causal entre el fallecimiento de la paciente y la actuación del SCS y acreditada sobradamente la actuación conforme a la lex artis de los servicios sanitarios intervinientes, sin apreciarse error en el diagnóstico, ni en el tratamiento, ni seguimiento de la paciente, (...) PROPONGO DESESTIMAR la reclamación (...)».

La adecuación de la actuación sanitaria a las exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc* queda confirmada, igualmente, a través de lo informado por el SIP -folio 328 y SS.-:

«2.- El día 12/08/20, se le realiza intervención quirúrgica mediante duodenopancreatectomía cefálica con maniobra de Kocher extensa (se levanta el duodeno y la cabeza del páncreas del retroperitoneo).

3.- Siguiendo el protocolo quirúrgico al contaje, se describe falta una gasa. Se realizan múltiples comprobaciones y escopia (Rx) del campo quirúrgico sin objetivar dicha gasa.

4.- Tal como consta en protocolo quirúrgico (historia clínica) intraoperatoriamente se realizaron todas las maniobras necesarias para intentar identificar cuerpos extraños que justificaran el recuento incorrecto. Tras múltiples comprobaciones del campo quirúrgico, se realizó radiografía intraoperatoria, en la que tanto el cirujano como el equipo quirúrgico no identificó cuerpo extraño alguno. Tal como afirma en su informe el Servicio de Cirugía tras una cirugía prolongada que precisó de un abdomen abierto por más de 6 horas, y tras comprobación exhaustiva, incluido comprobación mediante rayos X existía una seguridad razonable de “falso contaje incorrecto”, por tanto, en ese contexto, lo prudente es cerrar el abdomen, y eso fue lo que se hizo, y es lo que aconsejan múltiples protocolos quirúrgicos, como el publicado en *Enfermería Global* N.º 7 en noviembre de 2005. ISSN 1695-6141 donde se cita:

“Después de agotarse todas las opciones de búsqueda, las normas deben estipular que se le haga una radiografía al paciente antes de que éste abandone el quirófano. El cirujano puede desear que se tome una radiografía inmediatamente con un portátil, pero también a causa de la situación del paciente o por tener una seguridad razonable, basada en la exploración de la herida, de que el artículo no está en el paciente, el cirujano puede preferir completar primero el cierre”.

5.- Por tanto, considero se actuó adecuadamente, procediendo al cierre de la herida quirúrgica previo a la comprobación exhaustiva de la cavidad abdominal tanto manual como por rayos x, dato que queda recogido en la historia clínica, es decir, no se trataba de un descuido ni de algo que se dejó olvidado.

6.- *Tampoco, se puede decir que posteriormente no se estuvieran haciendo las pruebas de seguimiento adecuadas, dado que la paciente estaba controlada tanto por cirugía como por enfermería, con seguimiento de los drenajes y de su evolución, conociéndose que en los controles analíticos realizados desde el día de la cirugía no había datos de sepsis ni de fugas biliar/pancreática, datos que traducen una evolución postquirúrgica adecuada.*

7.- *En fecha 20/08/22, presenta dificultad respiratoria, en el contexto de descompensación cardíaca dado clínica y antecedentes, siendo valorada y tratada por Medicina Interna. Al décimo día (22/08/22), estando bajo seguimiento, ante el inicio de dolor abdominal se le realiza analítica urgente, que muestra, marcado incremento de los reactantes de fase aguda: leucocitos 25.000/mm³ y PCR 159 mg/L, siendo los previos de 12.000 y PCR 80, por lo que se decide realizar TAC abdominal de forma urgente.*

8.- *En el TAC realizado, como resultado, destacan: tutor de anastomosis hepaticoyeyunal con extremo distal no abocado al asa asociando moderada cantidad de líquido pseudocoleccionado de aproximadamente 3 cm con burbuja aérea en su interior, a valorar posible fuga biliar.*

Posterior a vena mesentérica superior se visualiza colección de 4,4 x 2,7 cm con burbuja aérea e imagen lineal de densidad metálica, sugestiva de cuerpo extraño en su interior. Moderada cantidad de líquido libre abdomino-pélvico. Derrame pleural bilateral de hasta 11 mm en el lado derecho.

9.- *Con los hallazgos en el TAC realizado de posible fuga biliar y posible cuerpo extraño se le realiza laparotomía exploratoria urgente, es decir, la causa de la nueva cirugía exploratoria no sólo es la posibilidad del mencionado cuerpo extraño, sino, también, los hallazgos que sugieren fuga biliar. Recordemos que con anterioridad la evolución tanto clínica como analítica era favorable, sin datos de sepsis ni de fugas biliopancreáticas, por lo que la actuaciones médicas estaban siendo acordes a la propia evolución de la paciente.*

10.- *Con los nuevos datos se le realiza ese mismo día (22/08/20) nueva intervención de laparotomía de revisión urgente recogiendo como hallazgos según la historia clínica e informe del Servicio de Cirugía, peritonitis biliopurulenta en 4 cuadrantes, identificándose fuga puntiforme a nivel de cara anterior de anastomosis hepaticoyeyunal (la anastomosis biliar, es decir, zona distinta del cuerpo extraño), la cual se refuerza con puntos de maxon 6. Se identifica gasa (cuerpo extraño) en la línea media, en superposición con la columna vertebral y en localización retropancreática, inmediatamente posterior a la anastomosis pancreaticoyeyunal (lo que dificultó su visualización tanto radiográfica como in situ), con datos de necrosis peripancreática, sin objetivarse fuga de anastomosis pancreaticoyeyunal. Se realiza extracción de gasa. Se realizan todas las comprobaciones pertinentes para intentar preservar las anastomosis en las mejores condiciones y minimizar, por tanto, el riesgo de fuga postoperatoria. Tras todas las actuaciones se procede al cierre de la herida quirúrgica.*

Asimismo, dado la fuga biliar (algo ajeno y en zona distinta del cuerpo extraño), y para disminuir la posibilidad de fuga postoperatoria se le coloca drenaje biliar mediante colangiografía transparietohepática (CTPH) por el servicio de Angioradiología, el día 24/08/20, resultado efectivo.

11.- Hasta aquí vemos que tras la primera cirugía la paciente inicialmente había evolucionado favorablemente, con clínica y controles analíticos sin datos de fugas ni de sepsis, por lo que se actuaba en consonancia con su evolución. Ocho días tras la cirugía (20/08/20) la paciente presentó insuficiencia respiratoria siendo valorada por Medicina Interna y tratada con la impresión diagnóstica de insuficiencia cardíaca descompensada dado la clínica y sus antecedentes. Ante el inicio de dolor abdominal, el 22/08/20, le fue realizada analítica urgente en la que se objetivó incrementos significativos de reactantes de fase aguda y TAC abdominal que reflejaba la posibilidad de fuga biliar y, por otra parte, posibilidad de cuerpo extraño intraabdominal (cuerpo extraño que no se dejó olvidado, sino que no fue identificado tras múltiples comprobaciones manuales y con Rx). Es ahora cuando resultaba razonable realizar un TAC abdominal, dado el cambio en la evolución tanto clínica como analítica, y también ante dichos cambios y los resultados del TAC, se actuó adecuadamente realizando a la paciente una laparotomía de urgencia.

12.- Asimismo, en la laparotomía de revisión, la peritonitis encontrada era biliopurulenta, y la fuga detectada estaba en un sitio distinto de la ubicación de la gasa, actuándose adecuadamente tanto sobre el cuerpo extraño que fue retirado, como sobre la fuga biliar (ajena al cuerpo extraño) reforzando la anastomosis, por lo que consideramos se actuaba razonablemente en consonancia con la situación y demanda de la paciente, estando estable a nivel hemodinámico y respiratorio según datos de Recuperación de quirófano de día 23/08/20.

(...) tanto el cuerpo extraño abdominal como la fuga biliar se habían tratado adecuadamente en el momento que dieron la cara, y (...) en todo momento la paciente estuvo bajo seguimiento con los controles, pruebas y tratamientos oportunos de acuerdo a su evolución (...).

(...)

17.- Tal como se recoge en el informe de Cirugía, tanto las complicaciones respiratorias como el sangrado secundario al pseudoaneurisma de la arteria esplénica (11 días después de la retirada del cuerpo extraño y 21 días después de la primera cirugía), no parecen, en cualquier caso, relacionados con la presencia del cuerpo extraño ni con la reintervención quirúrgica, y se encuentran dentro de las complicaciones posibles asociadas a una intervención de duodenopancreatectomía (derivación pancreática o procedimiento de Whipple que le fue realizado). Complicaciones todas ellas, al igual que la sepsis abdominal, que son inherentes al propio procedimiento quirúrgico realizado en una paciente que como ella, presentaba un alto riesgo tanto por edad como por comorbilidad significativa asociada

(hipertensión arterial y diabetes con complicaciones micro y macrovasculares -cardíacas y renales entre otras). Complicaciones todas ellas que le habían sido informadas, que conocía y que había asumido con la firma del consentimiento informado, y, complicaciones todas ellas que fueron debidamente tratadas en el momento que se presentaron.

18.- En los días sucesivos no presentó signos de sangrado, ni de infección, presentando analíticas sin leucocitosis y PCR bajas. Constan hemocultivos y cultivo de la herida negativos. También cedió el sangrado y las fugas por drenajes, sin embargo, persistía insuficiencia respiratoria, a pesar de los adecuados tratamientos realizados.

19.- Dentro de las intervenciones quirúrgicas de este tipo existen causas conocidas de sepsis abdominal como los son las filtraciones que se producen por las anastomosis, esta paciente presentó filtración (fuga o fístula), por anastomosis biliar, según hoja quirúrgica, en zona no relacionada con el cuerpo extraño. También se conoce que por edad y por comorbilidad significativa asociada, la paciente presentaba un mayor riesgo de complicaciones tanto sistémicas como relacionadas con la propia intervención, de hecho la paciente previo a dar signos de infección, lo que mostró fue insuficiencia respiratoria, dentro del contexto de una insuficiencia cardíaca ya presente anteriormente. Todo ello está contemplado en el consentimiento informado, historia clínica e informes y para todo ello ha recibido el tratamiento adecuado.

20.- Los datos de la historia clínica, así como las consideraciones realizadas por el Servicio de Cirugía nos llevan a valorar, igualmente, que la causa del fallecimiento fue multifactorial, sin existir una causa concreta, en el contexto de paciente de alto riesgo con comorbilidades significativas y múltiples complicaciones postoperatorias tanto médicas como quirúrgicas que derivaron en una insuficiencia respiratoria severa y el consecuente agotamiento de sus reservas. Complicaciones contempladas en el consentimiento informado, y que fueron tratadas adecuadamente, en paciente que tuvo controles apropiados, y en la que durante su intervención se siguieron los protocolos al uso».

4. En conclusión, teniendo en cuenta que, por una parte, los interesados no han aportado medio de prueba alguno con virtualidad suficiente para sostener la reclamación que promueven (arts. 77.1 LPACAP en relación con el art. 217 LEC), y que, por otra parte, a tenor del contenido de los diversos informes que obran en el expediente lejos está de poder inferirse en este caso que la asistencia sanitaria dispensada fuera contraria a la *lex artis ad hoc*, es por lo que se entiende que no procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y, en consecuencia, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo de Canarias.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración Pública sanitaria, se considera que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen.