



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 6 / 1 9 9 8

La Laguna, a 3 de julio de 1998.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *Propuesta de orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por M.I.M.C., como consecuencia del daño derivado del mal funcionamiento de los servicios de atención hospitalaria del Servicio Canario de la Salud (EXP. 46/1998 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno interesa de este Consejo preceptivo Dictamen [al amparo de lo dispuesto en los arts. 10.6 de la Ley 4/1984, de 6 de julio; 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP)] en relación con la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento, incoado a instancia de M.I.M.C. (en adelante, la reclamante/paciente), mediante escrito de reclamación de 300 millones de pesetas de indemnización en concepto de los daños y perjuicios ("perjuicios económicos y morales, así como también se asuma el pago de la totalidad de los gastos médicos, de desplazamientos, estancias familiares y otros afines no cuantificables, tanto devengados como por devengar, que guarden relación de causalidad con los hechos origen de la presente reclamación, y que en este momento no pueden cuantificarse") derivados de la prestación de asistencia sanitaria por parte de Centro dependiente del Servicio Canario de la Salud. Daños que la parte identifica y precisa en los hechos noveno, décimo, undécimo y duodécimo de su escrito inicial, cada uno de los cuales comprensivo, a fecha 9 de julio de 1996, de una específica clase de lesión; por su

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

orden, a saber: a) "estado de lesiones y secuelas, con proyección de futuro"; b) "trastornos previsibles"; c) "situación laboral-familiar"; y d) "falta total de expectativas de normalidad".

II

El procedimiento iniciado y tramitado lo ha sido, con carácter general, con adecuación a las previsiones legales y reglamentarias de aplicación (reguladoras del inicio a instancia de parte en plazo, que no había concluido; calificación del escrito inicial y tramitación del procedimiento que correspondía; admisión a trámite; informes del Servicio afectado; proposición, apertura y práctica del trámite probatorio; audiencia del interesado) contenidas sustancialmente en el RPRP.

Sucintamente, los hechos determinantes de las lesiones causadas son los siguientes: el 8 de octubre de 1995, la hoy reclamante ingresó en el Hospital Nuestra Señora del Pino debido a una pequeña bolsa en la cabeza, que se identifica como "malformación arterial o angioma" (en adelante, M.V.). La intervención -que se realiza en el contexto de un Congreso de la especialidad, en adelante Congreso- fue realizada el 27 de febrero de 1996 por el Dr. W.Y., del I.N.C., EE.UU., bajo la "supervisión del Jefe del Servicio". La recuperación no fue, sin embargo, como se esperaba, iniciándose un proceso necrótico cuyo tratamiento requirió el traslado de la paciente a otro Centro hospitalario especializado de la Península. Proceso del que dan cuenta no sólo el escrito inicial, sino las propias actuaciones hechas constar en el expediente incoado. Esta aparente simplicidad descriptiva no oculta la existencia de diversas cuestiones de interés desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial que debieran ser resueltas de forma sucesiva, pues cada respuesta condiciona no sólo los términos de la siguiente cuestión, sino también el análisis de la Propuesta de Resolución finalmente redactada. Propuesta que en esta ocasión se pronuncia por la estimación, parcial, de la reclamación, al reconocer el derecho a una indemnización de 48.757.953 de pesetas.

III

Según el art. 4.2 RPRP, "el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse el hecho lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo comenzará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas". De la

descripción de hechos efectuada por la reclamante se constata de su simple lectura que -por lo que atañe a los daños exclusivamente físicos y síquicos de la reclamante- en los mismos se describen tanto daños presentes como futuros previsibles. En cuanto a los perjuicios económicos, se toman en cuenta tanto daños producidos y evaluados a tanto alzado como la previsión de otros futuros, necesarios y previsibles, casi inevitables, cuya indemnización también se solicita. Bien entendido que la indemnización que se interesa se efectúa en relación a daños y perjuicios ya producidos, dando a entender que los otros -los de posible, previsible y hasta de necesaria aparición- deberán ser evaluados e indemnizados en expediente aparte. De la lectura de tales daños se adivina (sobre la base de que tal apreciación es la que figura en el escrito inicial de reclamación) que los mismos serán consecuencia 'necesaria' (en la medida que se produzcan) del hecho determinante inicial, generador a la postre de tales secuelas. Ahora bien, en la medida que tales secuelas aún no se encuentran consolidadas, no es posible anticipar ni su realidad ni su valoración, lo que el RPRP anuda a la curación o "la determinación del alcance de las secuelas".

La delimitación, pues, de los daños producidos requeriría su inicial valoración sobre la base del diagnóstico de las secuelas producidas tras un tratamiento médico insatisfactorio; su tratamiento y recuperación, parcial o total; finalmente, su valoración médica y clínica en el momento de la resolución del correspondiente expediente de responsabilidad, de forma que queden fijadas de forma indubitadas qué lesiones, por definitivas, son indemnizables y cuáles no han quedado consolidadas, de forma que en el futuro la reclamante pueda interesar (aunque lo razonable sería la incoación de oficio) cuantas peticiones de indemnización complementarias estime oportuno -a medida que se vayan curando o consolidando. Sorprende en este punto que la Propuesta de Resolución no contenga indicación alguna sobre estos extremos; particularmente sobre las lesiones que se indemnizan o que se pretenden indemnizar, aunque en su Fundamento de Derecho QUINTO se hace constar que la paciente no ha experimentado "mejorías clínicas (...) significativas", dando a entender que las lesiones diagnosticadas son las que finalmente fueron consolidadas.

La determinación exacta de esta cuestión tiene su importancia. En primer lugar, porque la Propuesta de Resolución (Fundamento de Derecho TERCERO) procede al

evalúo de la indemnización en base a los criterios que se desprenden de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSP), tomando como base "el informe pericial emitido por el Hospital Universitario Virgen del Rocío", que, evidentemente, sólo se pronuncia sobre daños y secuelas físicas y/o síquicas, mas no las de otro tipo. En este sentido, la LOSP modifica la Ley de uso y circulación de vehículos a motor, incorporando como Anexo un sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, contemplándose, entre otras, Tablas con el siguiente contenido: indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales (Tabla III); factores de corrección, entre ellos, "daños morales complementarios" así como unos "perjuicios morales a familiares" (Tabla IV); "indemnizaciones por incapacidad temporal (...) compatibles con las otras indemnizaciones", considerándose una indemnización básica, incluidos los daños morales, y unos factores de corrección (Tabla V); "Clasificaciones y valoración de secuelas" (Tabla VI), con valoración específica si se producen en la cabeza (Capítulo I), en los nervios craneales (Capítulo VI); o, incluso, si hay "perjuicio estético" (Capítulo Especial). No es menester ser más exhaustivo para concluir que los daños alegados por la reclamante (personales, familiares, estéticos etc.) son reconducibles a las previsiones de la mencionada ordenación. Que, como expresamente ha precisado la Propuesta de Resolución, ha sido la tenida en cuenta a la hora de efectuar la valoración de los daños causados. Desde esta estricta perspectiva no resulta objetable la aplicación analógica de criterios que pretenden ser objetivos, aunque referidos a un determinada actividad (circulación de vehículos a motor), aunque como se carece de la valoración puntual efectuada por la Administración en este caso, basta con el mencionado pronunciamiento de carácter general y, en principio, con la estimación favorable a la utilización de unos criterios que, sin embargo, no pueden ser aplicados en su dimensión objetiva en su estricta literalidad, pues aunque la responsabilidad de la Administración es objetiva en ocasiones es preciso tener en cuenta las especiales circunstancias concurrentes de forma que las mismas sean sometidas a una "valoración global" (STS 3 de diciembre de 1982), lo cual, aunque equivale a moverse "en un marco de gran relatividad e indeterminación, no existe otro modo de apreciar la intensidad del sufrimiento moral inferido". (STC id.).

Este tipo de consideraciones no ha tenido acomodo en la Propuesta de Resolución formulada, que no distingue entre uno y otro tipo de daños físicos o perjuicios económicos; ni tampoco incorpora cómo ha realizado la valoración cuantitativa de los

daños que han sido evaluados y que se estiman indemnizables, ni cuáles no. En suma, no se incorporan los exactos conceptos a los que responde la cifra de 48.757.953 ptas. a que se contrae la indemnización que se ha resuelto conceder. Lo que sí parece claro es que los daños y secuelas que se indemnizan se han estabilizado o consolidado -precisamente, tras el informe de la Asesoría Jurídica que sugirió que se efectuara una evaluación de la situación clínica de la reclamante a la vista de las "mejorías clínicas experimentadas por la paciente" y que a juicio de la Asesoría "no han sido tenidas en cuenta por la Administración"-, sin que la Propuesta de Resolución finalmente redactada se hiciera eco de tal sugerencia, pues según ésta (HECHO QUINTO) "las mejorías clínicas experimentadas por la paciente (...) son poco significativas"; aunque sí modificó a alza la indemnización inicialmente propuesta de conformidad con los criterios de valoración de los daños y según había sugerido la Asesoría Jurídica que se contienen en el art. 141.2 LRJAP-PAC, que inicialmente habían sido erróneamente interpretados por el redactor de la Propuesta de Resolución.

Existen dos cuestiones conexas con esta primera de la indemnización evaluable.

El Fundamento de Derecho QUINTO de la Propuesta de Resolución eleva la indemnización inicialmente propuesta (que era de 43.495.406 ptas.) a 48.757.953 pts., modificándose, consecuentemente, la Propuesta de Acuerdo indemnizatorio que en su momento (Fundamento de Derecho CUARTO) había sido propuesto, pero no aceptado por la reclamante. Debe señalarse en este punto que en el escrito de respuesta, negativa, a la mencionada Propuesta de Acuerdo indemnizatorio la reclamante se reafirma en su integridad en su pedimento inicial de 300 millones de pesetas de indemnización, por lo que resulta claro que en cuanto a este punto la reclamante no está dispuesta a convenir acuerdo indemnizatorio alguno por debajo de la citada cuantía. Por ello, dado los términos de ambas posiciones no tiene sentido que la Propuesta de Resolución modifique la "Propuesta de Acuerdo indemnizatorio"; lo que procede es, simplemente, resolver sobre la pretensión formulada sin más, sin intentar reeditar un Acuerdo que, dadas las posiciones de las partes, es inviable. Salvo que lo que se pretenda sea efectuar 'nueva Propuesta de Acuerdo indemnizatorio', esta vez por 48.757.953 pts. (si es que se han aplicado todos los conceptos evaluables previstos en la normativa que, al parecer, se ha aplicado

análogamente) que, como tal, debería ser trasladada a la reclamante a los efectos de que manifieste su nueva posición a la vista del nuevo *quantum* indemnizatorio.

La segunda cuestión se refiere al baremo utilizado en cada caso dentro de cada una de las Tablas que, al parecer, han sido tenidas en cuenta para calcular la indemnización. En efecto, de la lectura de tales Tablas se aprecia como para cada tipo de lesión o secuela se aplica, por tramos, una puntuación máxima y mínima, desconociéndose -pues en el expediente no figura la pertinente liquidación- qué baremos le han sido aplicados a la reclamante. Tales tablas y baremos responden a unos criterios de valoración objetiva en relación a un determinado sector de actividad de riesgo cuya traslación al ámbito del servicio público sanitario debe ser efectuado con ciertas cautelas. La responsabilidad administrativa es asimismo objetiva, pero a los efectos de la valoración de la indemnización deben y pueden ser tenidos en cuenta, como criterio corrector, distintos factores que atenúan o refuerzan la relación de causalidad, lo que debe ponerse en relación con la existencia de un 'contrato sanitario' y de la relación de confianza que los usuarios tienen en el funcionamiento correcto de los servicios públicos, en este caso uno tan relevante como es el de la sanidad pública. No es intrascendente por ello el comportamiento profesional de los Servicios médicos, de forma que si bien se responde por el funcionamiento normal o anormal del servicio público, es perfectamente compatible con ello -y con el principio de equidad- que en este segundo caso se apliquen los baremos al alza.

En este punto, se significa que la negativa de la reclamante a suscribir el Acuerdo indemnizatorio que le fue propuesto por la Administración se fundamenta, esencialmente, en que "no hubo consentimiento informado" a que su dolencia fuera tratada -intervenida- dentro del 5º Congreso Internacional de Radiología Vasculor intervencionista. Interesa detenernos, siquiera sea brevemente, en esta cuestión, pues pudiera tener algún efecto en la selección, dentro de cada Tabla indemnizatoria, del baremo a aplicar a los daños, perjuicios y secuelas producidos a la reclamante.

El dato de la realización del Congreso es interesante a los efectos de la posible determinación del *quantum* indemnizatorio -de confirmarse ciertos extremos-, pero no porque la paciente fuera tratada en el contexto del Congreso -lo cual, por sí mismo, no es susceptible de generar daños diferentes o de otra naturaleza a los que

se producirían si esa misma intervención se realizara por el mismo método pero fuera del Congreso-, sino por la naturaleza y alcance de la técnica utilizada con ocasión del mencionado Congreso.

Desde luego, consta en las actuaciones -desde el propio escrito de reclamación inicial- que la paciente y familiares recibieron información (como exige el art. 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, LGS) en relación con su dolencia. Consta en las actuaciones autorización de la paciente, de 26 de febrero de 1996, para ser tratada de su M.V. mediante "embolización". Ahora bien, la realización de un Congreso internacional y la asistencia al mismo como cirujano de un especialista extranjero (que fue quien intervino a la paciente) obliga a pensar si además de la autorización de la técnica de embolización, la paciente tenía que haber sido informada de otros extremos, pues la Ley [en este caso, la 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC)] obliga, como la LGS, a ofrecer "alternativas de tratamiento" [art. 6.1.n)] y a "no ser objeto (...), sin haber otorgado previamente su libre consentimiento por escrito y conformado por el Médico responsable y la Dirección del Centro, de procedimientos de diagnóstico y terapia en fase de experimentación pero debidamente autorizados, susceptibles de ser empleados, así como sus resultados, con fines docentes y de investigación", con la particularidad de que en estos casos los procedimientos aplicables "en ningún caso podrán implicar riesgo alguno adicional para el paciente de acuerdo con el estado más avanzado de los conocimientos médicos" [art. 6.1.ñ) LOSC]. De ser el Congreso y la técnica aplicada reconducibles al supuesto previsto en el artículo citado, la paciente, pese a admitirse que fue informada con carácter general, quizás no lo fue con las cautelas y garantías *ad extra* que la Ley dispone en casos, de ser en efecto así, como los señalados.

En relación con tal circunstancia, no consta en las actuaciones que la dolencia a tratar tuviera tratamiento alternativo o que habiendo, le fuera ofrecido a la paciente al parecer, se valoró el riesgo-beneficio del tratamiento propuesto, sin consideración de otros posibles, sobre la base de que "en la experiencia de esta Unidad no se han producido complicaciones graves en el tratamiento percutáneo de M.V."; que la paciente hubiera sido seleccionada previamente como la más idónea para ser intervenida en el contexto del Congreso no implica un mayor nivel de garantía para la misma, pues una cosa es que 'la paciente sea la idónea para la técnica de

intervención que se propone' y otra distinta es que 'la intervención sea la más idónea para la paciente'; y que, finalmente, aun admitiéndose a efectos dialécticos el pleno consentimiento informado de la paciente, ésta fue diagnosticada inicialmente y atendida hasta la intervención por un médico del Servicio (su médico) Canario de Salud, y, finalmente, intervenida por un Dr. extranjero cuya apriorística mayor pericia no necesariamente tiene que ir seguida de la confianza de la paciente.

IV

Por lo que atañe a la técnica de embolización utilizada (cuya mala praxis se considera como la causa eficiente de las lesiones y demás daños y perjuicios), la misma sugiere las siguientes reflexiones.

La técnica aplicada fue la de "embolización percutánea" sobre una malformación vascular "hemodinámicamente activa", técnica en la que al parecer era experto el especialista invitado. La embolización percutánea, al parecer, no es la única técnica de embolización existente, aunque se integra dentro de la denominada "Cirugía mínimamente invasiva". Como se aprecia en la pag. 42 del expediente, existe otra técnica de embolización que se denomina "trans-arterial de las aferencias de la M.V.", distinta de la que se denominada "de punción directa", que al parecer es la "percutánea". Si esto es así, de la pag. 42 se desprende que la experiencia de la Unidad era en 'técnicas de embolización trans-arterial' y no en la de "punción directa o percutánea", como sin embargo se dice en la pag. 34 del mismo informe. Lo cual, por cierto, es coherente con que en un Congreso internacional se realizara una intervención con técnica novedosa y por especialista extranjero. Y no hay constancia de que la paciente tuviera conocimiento de estos entresijos. Más bien, se deduce lo contrario. En efecto, en su escrito inicial, la paciente refiere que le fue efectuada una arteriografía diagnóstica (HECHO SEGUNDO) y que, según se le indicó, la intervención sería igual a la realizada en el estudio diagnóstico (es decir, embolización por la arteria, lo que coincide con la técnica denominada "embolización trans-arterial"). En el informe citado (pag. 39 de las actuaciones) se precisa que "esto no significa que no existan otras técnicas de embolización", manifestación que da a entender que la paciente fue informada de que la iban a tratar con embolización trans-arterial, siendo así que finalmente lo fue por embolización de punción directa o percutánea. Puede sostenerse que a la paciente no le sería indiferente saber que iba a ser tratada de una u otra forma de embolización, pues cada una de tales técnicas

tendría sus propios riesgos y la paciente, al parecer, no tuvo oportunidad de valorarlos. Y todo esto tiene significación porque si bien el daño inevitable exculpa al médico y exime a la Administración de indemnizar (STS de 2 de marzo de 1992), la información incompleta al enfermo puede ser calificada de actuación negligente (STS de 25 de abril de 1994), máxime cuando en esta ocasión la mala fortuna determinó que por causas -no se sabe imputables a quien, pero no a la paciente- finalmente no aclaradas, el alcohol etílico, que es el agente de embolización, invadió zona no prevista necrosando -ésa en su función- no sólo el M.V. sino gran parte de los tejidos de la cara de la paciente.

Por tales consideraciones, se estima que en este caso existe responsabilidad del servicio público sanitario y, consecuentemente, existe el deber de la Administración de indemnizar de conformidad con los criterios de analogía que han sido utilizados por la Administración, aunque por las circunstancias concurrentes se debería aplicar una baremación alta y no mínima, si hubiese sido ésta última la aplicada en esta ocasión, lo que no consta con la debida precisión ni en el expediente remitido ni en la Propuesta de Resolución.

En todo caso y dado que lo tomado en consideración para la baremación de las secuelas ha sido, como se ha expresado, el informe emitido con fecha 19 de mayo de 1997 por el Departamento de Cirugía Plástica del "Área Hospitalaria Virgen del Rocío", de Sevilla, tras el reconocimiento efectuado a la paciente el día 7 del mismo mes, para la fijación de la cuantía de la indemnización a satisfacer, han de aplicarse las tablas actualizadas y revalorizadas para 1997, contenidas en la Resolución de 13 de marzo de 1997 de la Dirección General de Seguros, complementada con los correspondientes factores de corrección, incluyendo tanto los daños morales derivados de las limitaciones que alcanzan a la perjudicada, como los perjuicios morales de familiares; y ello sin perjuicio de que para ulteriores secuelas que se determinen conforme evolucione el estado de la lesionada, se tenga en cuenta las nuevas tablas revalorizadas que sean aplicables.

La Propuesta de Resolución debe contener -dado que al parecer hay lesiones, y por ello gastos, no consolidadas- descripción detallada de los daños, perjuicios y secuelas que se indemnizan. Se estima correcta la aplicación analógica de los criterios de baremación de daños y secuelas en principio aplicables a los producidos

con ocasión de accidentes de tráfico, pero la aplicación debe ser ponderada; es decir, no aplicando solo criterios objetivos, sino teniendo en cuenta otras circunstancias - subjetivas- que no dependían de la voluntad de la paciente y que a la postre, si en efecto fuera así, han ocasionado los daños y lesiones.

C O N C L U S I Ó N

Se considera ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen, excepto en cuanto concierne a la concreción de la valoración del daño para la fijación de la cuantía de la indemnización a satisfacer, conforme se infiere de las observaciones contenidas en el Fundamento IV.