



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 7 / 2 0 0 0

La Laguna, a 1 de junio de 2000.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *la Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por J.C.S.R., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de la Salud (EXP. 81/2000 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Tiene por objeto el presente Dictamen, solicitado por la Presidencia del Gobierno de Canarias, la Propuesta de Resolución culminatoria de un procedimiento de reclamación de indemnización por presunta responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica en relación con el Servicio Canario de Salud (SCS) dependiente de la misma. De la naturaleza de dicho procedimiento se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia de este Consejo Consultivo y la preceptividad de su dictamen, según los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo, en relación este último precepto con el art. 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), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El parámetro normativo al que ha de ajustar su parecer este Consejo se integra por el Derecho autonómico aplicable al respecto [art. 32.10 del Estatuto de Autonomía (EAC) y las Leyes 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias; 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias (LRJAPC) y,

* **PONENTE:** Sr. Trujillo Fernández.

sobre todo, 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, además del Reglamento de organización y funcionamiento del Servicio Canario de Salud, aprobado por Decreto 32/1995, de 24 de febrero] y, asimismo, por la normativa estatal igualmente aplicable [concretamente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (LPAC) y el referido RPRP, así como la ordenación sectorial reguladora del servicio, de carácter básico, contenida en las Leyes 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) e, incluso, 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU)]. En la interpretación de este complejo referente normativo se ha tenido en cuenta la doctrina jurisprudencial más reciente sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

II

Concurren en la reclamación, como circunstancias determinantes de su admisión a trámite, la legitimación activa del reclamante al pretender el resarcimiento de un daño de carácter personal, cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por un Centro perteneciente al Servicio Canario de Salud, y la legitimación pasiva de la Administración de la Comunidad autónoma, en cuanto titular del Servicio a cuyo funcionamiento se vincula el hecho dañoso. Por su parte, la acción es jurídicamente viable al ejercitarse antes de transcurrir el período preclusivo de un año desde la supuesta producción del daño, siendo, además, este último económicamente evaluable y personalmente individualizado. Finalmente, la competencia de la Secretaría General de dicho Servicio para instruir y proponer la resolución y la del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo para adoptar la resolución que proceda resulta de la normativa autonómica de aplicación (Decretos territoriales 212/1991, de 11 de septiembre, sobre organización de los Departamentos de la Administración autonómica, y 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Servicio Canario de Salud, LRJAPC, así como del Derecho estatal (LPAC y el RPRP).

Se ha incumplido el plazo de resolución previsto en el art. 13.3 RPRP, sin que conste que la Administración haya hecho uso de las facultades de las que dispone a los efectos de su ampliación (arts. 42.2 o 49.1 LPAC). Sin embargo, no constando que la emisión de certificación de acto presunto desestimatorio, ni que, en conexión con

ello, el interesado hubiese procedido a la defensa jurisdiccional de su derecho (arts. 44 LPAC y 13.3 RPRP), la Administración está obligada a resolver (art. 44.1 LPAC).

III

Los daños cuyo resarcimiento se pretende derivan, supuestamente, de la intervención quirúrgica a la que fue sometido el reclamante con el fin de facilitar la adaptación de una prótesis que paliara las dificultades locomotoras derivadas de la malformación congénita que padece en su pierna derecha [médicamente caracterizada, antes de la intervención, por un desarrollo musculoesquelético descrito como: "Mulso: fémur hipoplástico. Cuadriceps 3/6 comparado cuadrilateralmente. Pierna: tibia hipoplásica mucho más corta que la contralateral. Desarrollo de gemelos: 1-2/6 e inexistencia de tibiales y peroneos. Agenesia del peroné. Pié: esbozo de un pié, en el que faltan numerosos huesos largos, y los cortos luxados e hipoplásicos (astrálgalo, cuboides y calcáneo este último en posición paralela a la tibia)"]. La intervención quirúrgica, realizada el 11 de diciembre de 1997, "consistió en la remodelación del muñón, efectuándose una reamputación de la hipoplasia metatarsiana y del esbozo calcáneo". Tras la intervención, el paciente "presenta dolor en el muñón de la amputación -hiperestesia dolorosa- que le impide portar prótesis, debiéndose ayudar siempre de tercera persona".

Es relevante destacar que el reclamante cuestiona el nivel de amputación y la falta de pruebas diagnósticas (electromiografía) previas a la intervención, circunstancias que se rebaten en el correspondiente informe médico indicándose: a) que "el nivel de la amputación realizada se indicó para ser lo más económico posible respecto a la longitud de la tibia (más corta que la contralateral)" y b) que el elctromiograma previo a la intervención "no tiene sentido alguno en los casos de malformación congénita ósea no traumática" por lo que no es preceptivo como condicionante del nivel de amputación. Se añade, asimismo, que en la intervención realizada sobre el miembro descrito "pueden ocurrir las siguientes complicaciones: Hematoma, infección, contracturas (retracciones), miembro fantasma y neuroma (debido normalmente al englobamiento del nervio por el tejido cicatricial)". Finalmente, tras diferentes vicisitudes resumidamente descritas en los antecedentes de hecho de la PR, se le propone una nueva intervención, ahora en el "neuroma post-amputación", que el paciente rechaza.

El reclamante considera que, de la relación de los hechos que conducen al resultado por el que se reclama, se deduce que la intervención quirúrgica realizada "no fue la más idónea, ni la habitual para estos casos, y con un resultado totalmente negativo, considerando la misma como lógica consecuencia de la deficiente prestación de asistencia sanitaria y de la que resulta directamente responsable la Administración Sanitaria y Doctores intervinientes". A mayor abundamiento, prosigue, "el dicente se encuentra en mayor grado mermado de facultades físicas, resultando alterado de forma grave y perjudicial su *modus vivendi* y el de su familia, repercutiendo este cúmulo de situaciones en secuelas de carácter psicológico derivadas de este tipo de hechos que, en cualquier caso, no son imputables al que suscribe".

La Administración, por su parte, entiende que "la actuación sanitaria fue correcta en todo momento y que no existen pruebas de que el dolor y la hipersensibilidad que manifiesta [el paciente] sean consecuencia exclusiva de la operación que se le practicó por cuenta de la Seguridad Social, además de que en todo caso tales secuelas no tendrían la consideración de daños antijurídicos que exige la jurisprudencia para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración". En este caso, existen elementos que rompen totalmente el nexo causal dado que, por una lado, y a la vista de la malformación que desde el nacimiento presentaba el reclamante en su pierna, unida a los dolores que le aquejaban, hacían precisa la intervención que se le practicó, y por otro, las disestesias son secuelas conocidas en caso de miembros amputados. Por tanto, resulta improcedente la reclamación de indemnización por falta de demostración de los datos fácticos referidos al nexo causal entre la actuación del servicio sanitario y los daños alegados, así como el carácter antijurídico de éstos. No se puede afirmar, en efecto, que dichos daños sean efectiva consecuencia de un acto médico, puesto que, como así se entiende por el Tribunal Supremo, hay que separar los efectos lesivos que corresponde a la enfermedad de aquellos otros que son consecuencia del tratamiento médico. A su vez, por lo que a estos últimos se refiere, hay que distinguir entre los que son intrínsecos al tratamiento como tal (y que por ello se producen de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica) y, de otra parte, aquellos otros que el tratamiento médico produce, al margen de su finalidad terapéutica, bien porque no es el tratamiento procedente o adecuado. Pues bien, a la vista de lo actuado en el expediente, dice la PR, es meridianamente claro que si alguna secuela se produjo, no está probado que ésta trajera su causa directa de una intervención quirúrgica realizada al margen de la *lex artis ad hoc*, ya que, de un

lado, el estado de desarrollo del miembro intervenido antes de la intervención es un factor condicionante del resultado de la misma, así como de las consecuencias inherentes al proceso quirúrgico y, de otro, el neuroma postamputación diagnosticado es una posible consecuencia de la intervención que se practicó con el consentimiento del paciente. Por tanto, cabe sostener que los daños por los que se reclama no tiene el carácter de antijurídicos, ni son consecuencia exclusiva y directa del tratamiento médico.

En definitiva, la reclamación debe ser totalmente desestimada por falta de prueba respecto del nexo causal entre la prestación de la asistencia sanitaria y los daños padecidos y por los que se reclama. No existe dato alguno que acredite que la actuación del servicio público sanitario pudo ser la causa de dichas secuelas, pudiéndose sostener que las mismas no fueron causadas por una mala asistencia médica (lo que excluye la responsabilidad por el funcionamiento anormal de dicho servicio), ni fue la concreción de un riesgo que tal servicio genera (lo que excluye, en su caso, la responsabilidad objetiva por el funcionamiento normal de aquél), sino que aquéllas vienen condicionadas por el estado patológico congénito que presentaba el paciente, siendo las disestesias que manifiesta, y cuya etiología no se ha podido objetivar a través de prueba diagnóstica una neuralgia postamputación, secuela conocida de miembros amputados.

IV

La rotundidad con la que se excluye, como queda expuesto, la prosperabilidad de la reclamación no desvirtúa las dudas que el análisis del expediente suscita tanto a lo que se refiere a la situación actual del paciente-reclamante como respecto de la naturaleza y alcance de las secuelas de la intervención.

Por lo que al primer aspecto se refiere, es evidente que, tras la intervención a la que fue sometido, al paciente le quedó un muñón doloroso que, además de la permanencia del dolor, le impide la utilización de la prótesis que era la finalidad buscada con la intervención. Al parecer, el estado del reclamante admite tratamiento ulterior que, supuestamente, eliminaría el daño que padece y, por ende, eliminaría el fundamento de su pretensión. Dicho tratamiento consistiría en una nueva intervención para adaptar el muñón a la prótesis, alternativa a la que se niega el paciente.

En lo que atañe al segundo de los indicados aspectos, consta en el informe del cirujano que intervino al reclamante que las secuelas de la intervención a la que aquél fue sometido son "hematoma, infección, contracturas, miembro fantasma y neuroma". Sin embargo, del expediente no resulta que fuera advertido de las mismas con carácter previo, sin que el "consentimiento informado" legalmente exigible tenga en el expediente otro reflejo que el que aparece en la página 151 del mismo que no reúne, evidentemente, los requisitos mínimos para que surta los efectos de tal, al no mencionarse los riesgos que, según se afirma en diferentes informes, puede generar la intervención a la que el mismo ha de estar referida.

El neuroma, posible efecto, apareció. La extrema sensibilidad del muñón -que, en suma, es lo que imposibilita al reclamante disfrutar de la mejora o efecto beneficioso perseguido con la intervención- y el origen de la misma no aparecen con claridad en el expediente, aún cuando ambos aparecen conectados. Lo que sí parece claro es que la causa del problema es de origen neurológico. En efecto, según resulta de dicho expediente: a) en el informe del cirujano se indica que los síntomas del paciente son compatibles con "neuroma o radiculopatía a nivel L4-L5, por lo que pienso que además de un electroneurograma (...) se debe realizar un TAC lumbar (L3-L4-L5-S1 y/o IRM de la columna lumbosacra", pruebas que no consta que se hayan realizado; b) el reclamante se sometió, en una Clínica de S., a un EMG cuya valoración --según indica el cirujano que le intervino-- "debe darlo el neurofisiólogo que lo realizó"; c) aunque el Servicio de Neurología diagnosticó "neuralgia postamputación", queda la duda de cómo es posible eliminar el dolor mediante una nueva amputación -a la que se niega el reclamante- y si el tratamiento que el paciente ha seguido en la Unidad del Dolor, tratamiento recomendado por el Servicio de Neurología, es el único posible y si el mismo ha sido eficaz; d) el reclamante se queja de que antes de la intervención sólo se le hizo una radiografía, pero ninguna prueba neurológica a lo que el cirujano interviniente -obviamente, parte interesada- resta importancia.

En suma, pues, la desestimación que se propone adolece de: a) falta de adecuada fundamentación de la quiebra del nexo causal; b) deficiencias del consentimiento informado exigido por la legislación sanitaria. Finalmente, a ello cabría añadir c) la falta de respuesta a la totalidad de las cuestiones planteadas, deber de la Administración (art. 89.1 LPAC) y en relación con el cual cabe observar que si bien el instructor puede rechazar aquellas pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias (art. 80.3

LPA) -lo que valdría sobre la inicialmente interesada en relación con la ratificación del informe del Dr. M. (acuerdo de 25 de noviembre de 199, punto cuarto, p. 219)- no parece que suceda lo mismo con la pericial técnica interesada en escrito de 7 de enero de 2000 (p. 238).

Escrito ciertamente extemporáneo, pero en el que el particular reitera una petición anterior de que su caso sea valorado por un neurólogo, sin que a estos efectos baste una remisión al informe neurológico que obra en el expediente emitido a instancia del reclamante, pues, en efecto, obra en las actuaciones, pero lo que el reclamante solicita es que sea valorado técnicamente por un neurólogo. Pretensión esencial, en la medida que el reclamante la fundamenta en el hecho de que no fue sometido a prueba neurológica alguna antes de su intervención, siendo así que si se hubiera hecho el resultado pudiera haber desaconsejado la intervención.

En el supuesto de que el Excmo. Sr. Consejero disintiere del presente Dictamen, corresponderá resolver al Consejo de Gobierno, conforme previene el art. 20.k) LG.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución adolece de las deficiencias indicadas en el Fundamento IV, por lo que no se considera ajustada a Derecho.