



Consejo Consultivo de Canarias

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

La Laguna, a 17 de enero de 2001.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización incoado a instancia de A.M.M., por daños personales que imputa al funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria (EXP. 145/2000 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución de referencia formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de Salud (SCS), Organismo Autónomo de la Comunidad Autónoma, por la que se propone desestimar la reclamación de indemnización presentada por A.M.M. el 4 de mayo de 1999 -en ejercicio del derecho al efecto contemplado por el Ordenamiento jurídico a partir del art. 106.2 de la Constitución- en exigencia de responsabilidad patrimonial por daños que, alega, son consecuencia del tratamiento sanitario recibido en el Hospital Insular de Gran Canaria (HIGC) dependiente del mencionado SCS.

Así, debido a padecer una dolencia de origen congénito de su sistema urológico-genital (consistente en principio en extrofia vesical con epispádia, aunque con diversas consecuencias a lo largo de su vida, habiéndosele tratado e intervenido al respecto en múltiples ocasiones y por diversas razones, incluso en la actualidad, tanto en el HIGC como en otros centros sanitarios) el afectado ha tenido y tiene fuertes molestias en la zona, sufriendo dolores intensos en la zona inguinal y testículo derecho con motivo de su deficiencia, siendo frecuentes las infecciones y

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

otros episodios que generan la necesidad de ser sometido a tratamiento como se ha dicho, incluyendo el quirúrgico.

Pues bien, aunque los dolores en cuestión los tiene el reclamante antes y después de las intervenciones que se le hicieron en 1996 -concretamente una nefrostomía seguida meses después de orquiectomía- lo cierto es que a tales dolores -que según el reclamante se han incrementado y se han hecho constantes sin que, a su juicio, se le tratara debidamente al efecto- se añaden nuevas molestias y dolores que afectan a su muslo y rodilla derechos, diagnosticándosele en principio una neuralgia femorocutánea, que luego se transforma en meralgia parestésica, estimándose que tiene una neuroapraxia del nervio femorocutáneo derecho al menos, sin descartarse explícitamente la posibilidad, planteada por la Unidad del Dolor del HIGC, de tener también afectado el nervio abdominogenital. Por todo ello -es decir, debido al funcionamiento defectuoso de la asistencia sanitaria recibida, particularmente del Servicio que realizó la orquiectomía- el afectado demanda ser indemnizado en veinticinco millones de pesetas.

La Propuesta, sin embargo (utilizando diferentes argumentos, apoyados más o menos directamente en informes internos que constan en el expediente remitido a este Organismo junto a la solicitud del Dictamen), sostiene que no ha lugar a la exigencia de responsabilidad en este caso. En síntesis, entiende que debe rechazarse la reclamación por diversos motivos, algunos en cierto modo de problemática aplicación al caso.

Fundamentalmente, se concluye que no procede declarar el derecho indemnizatorio del afectado porque no se demuestra la existencia de más dolores que los ya tenidos antes de las operaciones; la dolencia nerviosa que padece es mera consecuencia de su propia enfermedad congénita y que no surge por mal funcionamiento del servicio, que no se prueba que exista; y que, en todo caso, de existir nexo causal entre tal funcionamiento y el daño nervioso esta lesión no es imputable al servicio público sanitario porque su actuación ha sido siempre la adecuada, realizada según la *lex artis* y porque el afectado tiene el deber de soportarlo por ser inevitable consecuencia de su tratamiento, máxime cuando el particular consintió las operaciones que se le efectuaron tras ser debidamente informado de su enfermedad y de dichos métodos de tratamiento.

2. En cualquier caso, toda vez que la reclamación fue presentada en mayo de 1999 ha de señalarse que el procedimiento que ha de seguirse para decidir sobre la

indicada reclamación indemnizatoria es el prevenido en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), modificada por la Ley 4/99, de 13 de enero, siendo aplicables los preceptos recogidos en los arts. 139 y siguientes de dicha Ley, pues la tramitación se inició después de entrar en vigor la citada Ley 4/99. Asimismo, es aplicable el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), que no resulta afectado por la modificación legislativa mencionada.

Por demás, tratándose del funcionamiento del servicio público sanitario y su actuación en el ámbito autonómico, igualmente habrán de tenerse en cuenta las normas que incidan en el mismo, particularmente, las aprobadas por las Leyes estatales 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y, en su caso, 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), y las contenidas en la Ley autonómica 11/94, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC), y en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del SCS, aprobado por Decreto 32/95, de 24 de febrero, así como la jurisprudencia o doctrina fijada y consolidada al respecto.

II

Desde la perspectiva de la corrección procedimental de la Resolución formulada, han de hacerse las consideraciones que seguidamente se explicitan, exponiéndose en su caso defectos apreciados en el procedimiento tramitado que pudieran tener consecuencias para la adecuación jurídica de la actuación proyectada y, de no corregirse, para la validez de la Propuesta formulada.

1. Ha de admitirse que corregidos por el propio interesado (art. 6 RPAPRP) los defectos que tenía el escrito de reclamación inicialmente presentado, tal escrito debe ser admitido y tramitado, siendo también correcto el trato que el órgano instructor da al ejercicio de la acción de reclamación al no entenderla prescrita por las razones que aduce, máxime cuando no ha sido hasta el presente -incluso con posterioridad a la presentación de la reclamación- cuando se ha comprobado definitivamente la existencia de la lesión nerviosa que genera los efectos dolorosos que sufre el reclamante. Por tanto, se cumplen los requisitos legales sobre la admisibilidad de la reclamación, tanto el temporal como los atinentes a que el daño

por el que se reclama sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado personalmente (cfr. arts. 139.2 y 142.5 LRJAP-PAC). Asimismo, se cumplen las reglas de legitimación tanto activa como pasiva [cfr. arts. 142.1, 31.1 y 139 LRJAP-PAC; arts. 22.3 y 32.10 del Estatuto de Autonomía y arts. 1, 2, 3, 23, 42, 50 y 51 LOSC]. Finalmente, es asimismo, correcta la reconducción de la reclamación al ámbito administrativo (cfr. arts. 142, 144 y 145 LRJAP-PAC).

No obstante, ha de insistirse en que un procedimiento administrativo no se inicia -incluso si es de responsabilidad patrimonial- por un acto expreso de la Administración admitiendo a trámite la reclamación, como erróneamente parece entender de hecho el órgano instructor [sin perjuicio de la eventual aplicación del art. 71 LRJAP-PAC con sus posibles consecuencias (cfr. art. 42.1 y 5 LRJAP-PAC)] sino con la solicitud del interesado (cfr. arts. 68 y 142.1 LRJAP-PAC).

Por eso, el plazo de resolución del procedimiento comienza a contar desde el momento en que formalmente se produce la reclamación, y tal plazo -que es de seis meses según los arts. 142.3 LRJAP-PAC y 13.3 RPAPRP- está en este caso evidentemente vencido porque desde ese momento han transcurrido más de dieciocho meses. Y ello, pese a que se suspendiera la tramitación en base a lo previsto en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, para pedir informe al Servicio de Inspección. Así, no sólo no se produjeron más suspensiones del plazo -que, se recuerda, no son automáticas ni forzosas- sino que la acordada excedió en gran medida el máximo del término de tres meses prevenido legalmente.

De todos modos, la Administración sigue obligada a resolver expresamente, culminando así el procedimiento de responsabilidad, sobre la reclamación presentada (cfr. arts. 42.1 y 43.1 y 4 LRJAP-PAC), aunque la falta de resolución expresa tiene como efecto en este supuesto la desestimación de la reclamación (cfr. arts. 43.2 y 142.7 LRJAP-PAC y 13.3 RPAPRP).

2. En principio, no parece objetable el trámite probatorio evacuado. Así, especialmente a la luz de las pruebas propuestas por el reclamante es claro que procede tanto la apertura del periodo probatorio -que es obligado cuando el órgano instructor no entiende inicialmente ciertos los hechos alegados por el interesado (cfr. art. 80.1 y 2 LRJAP-PAC)-, como la admisión de tales medios probatorios que, ciertamente, son procedentes y necesarios a los fines de la instrucción que -se recuerda- se integra por los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos precisos para resolver, realizándose de oficio por el

indicado órgano e incluyendo obviamente tanto este trámite, como el informativo y el de audiencia (cfr. art. 78.1, en particular, y Capítulo III del Título VI, en general, LRJAP-PAC).

No obstante, se observa que pese a que el afectado nada opone al respecto - según resulta de sus alegaciones en el trámite de audiencia- lo cierto es que no se han admitido ni practicado todas las pruebas por el mismo propuestas y que no pueden ser consideradas manifiestamente improcedentes o innecesarias; antes al contrario, tienen especial relevancia para esclarecer y objetivar el alcance de la lesión del afectado y su causa, particularmente aquellas consistentes en actuaciones médicas a realizar sobre el paciente para determinar la procedencia o no de su reclamación. En este sentido, no consta en el expediente remitido a este Organismo que se efectuara un estudio neurofisiológico completo por el Servicio correspondiente de la zona inguinal y de la pierna derecha (por cierto pedido ya en 1998 por la Unidad de Dolor) que descarte expresamente una posible lesión, aludida por dicha Unidad, en el nervio abdominogenital; ni tampoco un estudio del Servicio de Urología con urografía y ecografía de la zona dolorosa; o bien, un análisis de anemia y anorexia del paciente generada por una mala alimentación causada por los dolores sufridos, recordándose que la reclamación se produce tanto por la extensión de éstos tras la operación tenida en 1996, como por su incremento y constancia después de ese momento.

En concreto, parece cuestionable que el indicado estudio neurofisiológico pueda ser cubierto por la intervención del Servicio de Neurología en 1998, que se limita a diagnosticar, sin indicar su origen o causa, una neuralgia del paciente; o por el análisis específico del nervio femurocutáneo, y no el abdominogenital, que se hace al presentar el afectado meralgia del muslo.

3. Respecto de los informes a incorporar al procedimiento, es evidente la conexión entre su necesaria o pertinente solicitud y lo previsto asimismo en el art. 78.1 LRJAP-PAC. Por supuesto, deben servir a la adecuada realización de la instrucción del procedimiento para la determinación o comprobación de los hechos ocurridos o alegados, pudiendo constituir o facilitar la constitución de medios probatorios -como el de presunciones- por sí mismos o conjuntamente con los datos aportados por la parte.

En este sentido, es patente que el órgano instructor ha de solicitar obligatoriamente informe del Servicio -entendido como unidad administrativa competente para la realización y/o control de la prestación pública de que se trata- cuyo funcionamiento por acción u omisión, se aduce, genera el daño por el que se reclama indemnización. Y tal Servicio en este contexto lo constituyen los Departamentos médicos que han tratado al reclamante; fundamentalmente, los de Urología y la Unidad de Dolor del HIGC, aunque, dadas las circunstancias, proceda también obtener informes de los Servicios de Neurología y de Psiquiatría.

Pero no constan emitidos los informes de todos esos Servicios, salvo los de Urología, muy a destiempo, y Psiquiatría, de alcance incidental por lo demás, siendo desde luego insuficiente el de Neurología. Lo que no impide que también pueda recabarse informe del Servicio de Inspección, aunque recordándose que no es el Servicio actuante o directamente conectado con los acontecimientos; tampoco parece que sea el especialista en el caso.

Debe advertirse finalmente que estos informes de obligada solicitud en nada pueden confundirse con la Historia clínica, documento que puede servir como prueba documental pero que resulta limitado a fines informativos por obvias razones y que, técnica u objetivamente, no puede asimilarse a aquéllos ni mucho menos servir para excluirlos.

4. El trámite de audiencia al reclamante se celebró adecuadamente. Sin embargo, ha de indicarse que tras concluirse la fase de instrucción del procedimiento, incluida la indicada audiencia, y redactarse una Propuesta de Resolución ésta fue sometida a informe del Servicio Jurídico y, a resultados del mismo, el órgano instructor la modificó parcialmente, en cuanto a la necesidad de interesar informe adicional del Servicio de Neurología sobre el estudio hecho al nervio femorocutáneo del paciente.

Así, recabado tal informe -que se pronuncia tanto sobre la neuroapraxia detectada al paciente como sobre su posible conexión con la operación que se le practicó en octubre de 1996- el órgano instructor no lo facilita al interesado, que lo desconoce pese afectar a sus intereses, limitándose a dar por reproducida su Propuesta, aunque parece obvio que considere importante tal informe porque lo requirió y porque entiende que refrenda su entendimiento del asunto y, por ende, la procedencia de su decisión.

5. Por último, ha de advertirse que no consta en el expediente que se le hubiese suministrado al afectado información sobre su enfermedad en la forma determinada en el art. 10.5 LGS. Es decir, que se le informara en términos comprensibles para él y de modo completo y continuado, verbalmente y por escrito, sobre su proceso sanitario, incluyendo diagnóstico, pronóstico y tratamiento, con sus alternativas y correspondientes riesgos.

En esta línea, tampoco consta, pese a decirse que existe un formulario de consentimiento informado en el Servicio de Urología, que se obtuviese tal consentimiento en cada caso que se le intervino, particularmente en las operaciones de nefrostomía y orquiectomía, constando tan sólo los correspondientes a la anestesia y el que se obtuvo con ocasión de la operación que se le practicó en 1999. De todos modos, tales formularios de prestación de consentimiento para intervenciones quirúrgicas concretas no son procedentes, ni sirven para eludir riesgos al efecto, porque en ellos no se menciona la posibilidad de que aparezcan dolencias como las mostradas por el afectado, menos aún que su causa sean lesiones de determinados nervios a consecuencia de la operación u operaciones.

En todo caso, si no fuese adecuada la información que personalmente debe darse al enfermo para que éste opte y/o asuma las consecuencias de su opción o de no seguir la recomendada por el Servicio, difícilmente puede pedírsele que consienta una intervención que podría evitar o rechazar. En este contexto, llama la atención que se recabara del paciente su asentimiento a hacerle una operación en 1997, quizá dadas sus grandes consecuencias, que éste rechazó entonces aunque parece que finalmente se le hizo con posterioridad.

Por tanto, resulta necesario integrar en el expediente la documentación acreditativa del cumplimiento de la expresada exigencia y la verificación mediante informe del Servicio de Inspección de la correcta observancia del mandato legal de obtención previa de consentimiento informado, en las condiciones señaladas.

6. En el presente supuesto ha de indicarse, en primer lugar, que de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento II la Propuesta de Resolución analizada no se considera conforme a Derecho porque, en realidad, el órgano instructor no estaba en las condiciones legalmente exigibles para formularla en razón de los defectos allí explicitados, siendo procedente la realización de estudios neurofisiológicos en las zonas de dolor del afectado, abarcando tanto el nervio femurocutáneo con la

extensión indicada en el estudio que se le ha hecho al mismo, como el abdominogenital, así como los urológicos pertinentes con ecografía y urografía.

En similar sentido, procedería que el afectado conociera el informe del Servicio de Neurología unido, al final y sin su conocimiento, al expediente, en cuanto afecta al derecho indemnizatorio cuya declaración recaba, pudiendo recabar ulterior información o pericia sobre lo explicitado en aquél que convenga a sus intereses, de manera que habría que concederle nueva audiencia a ese fin con las pertinentes consecuencias.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho. Debe completarse la instrucción practicándose las pruebas no realizadas señaladas en el Fundamento II, apartado 6; recabándose los informes indicados en el Fundamento II, apartado 3 y 5; y concediendo nuevo trámite de audiencia al interesado, una vez obren en las actuaciones todos los informes que se entienden necesarios para resolver sobre la reclamación planteada.