



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 136/2004

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de septiembre de 2004.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por S.M.A.B., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 134/2004 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

Este Dictamen se emite a solicitud de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, remitida por escrito de 17 de junio de 2004, siendo su objeto la Propuesta de Resolución (PR) que culmina el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, actuando a través del Servicio Canario de Salud (SCS), iniciado por reclamación de indemnización por daños que se alegan han sido generados por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Dicha reclamación se presenta en ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (CE), por S.M.A.B. mediante escrito dirigido al Director Gerente del Hospital Universitario Materno-Insular (HUMI), en Las Palmas, recabando en principio el "reembolso" de la cantidad que, según presupuesto, costaría el arreglo del daño producido en su dentadura. Todo ello, de acuerdo con lo establecido en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo.

En este sentido, remitido el escrito un mes después de presentado por la Dirección del Centro hospitalario a la Secretaría General del SCS, con Informes sobre los hechos denunciados del Servicio de Anestesiología y de la Supervisora de la Planta

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

donde estaba ingresado el interesado, dicha Secretaría General lo admite y califica de reclamación indemnizatoria la pretensión del mismo a los efectos procedimentales oportunos, entendiéndose que se exige la responsabilidad patrimonial del SCS desde ese momento.

En lo concerniente a la actuación del aludido instituto de responsabilidad administrativa de orden patrimonial, y no habiéndose establecido regulación autonómica al efecto, en ejercicio de la correspondiente competencia estatutaria (art. 32.6 del Estatuto de Autonomía), es de aplicación plena la normativa al respecto de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 139 y siguientes, LRJAP-PAC), así como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), aprobado por Real Decreto 429/93, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 142.3 LRJAP-PAC.

Por otro lado, son asimismo aplicables por razón de la materia tanto las Leyes 14/86, General de Sanidad (LGS), y 26/84, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), en su caso, como la autonómica 11/94, de ordenación sanitaria de Canarias (LOSC). Además, al dictaminar se tendrá en cuenta las recientes sentencias de los Tribunales, en especial naturalmente del Tribunal Supremo (TS), en este ámbito de actuación administrativa y, es claro, la doctrina de este Organismo, esencialmente acorde con esa jurisprudencia y sentada en sus Dictámenes en la materia.

II

1. El reclamante, S.M.A.B., está legitimado para interponer la reclamación como interesado, pues ha sufrido los daños de carácter físico por los que solicita ser indemnizado (art. 142.1, en relación con los arts. 139.1 y 31.1 LRJAP-PAC). Por otra parte, es competente para tramitar y resolver el procedimiento el SCS, organismo administrativo con personalidad propia integrado en la Administración autonómica y facultado legalmente para gestionar el servicio público sanitario y, por ende, para asumir la responsabilidad correspondiente, pues la atención sanitaria que se alega genera esos daños se efectúa en un Centro sujeto a su control y gestión al estar integrado en el Sistema Canario de Salud.

En este orden de cosas, dicho procedimiento ha de tramitarse, como órgano instructor, por la Secretaría General del SCS y ha de resolverse por su Director, como

efectivamente aquí ha sucedido (art. 142.2 LRJAP-PAC y 3 RPRP, así como los preceptos concordantes de la LOSC).

Desde luego, admitiendo la corrección de la calificación hecha del escrito presentado por el interesado, que por demás no se opone a ello, ni a la subsiguiente tramitación del procedimiento de responsabilidad, tras serle comunicada esta circunstancia, la reclamación indemnizatoria debe tramitarse al respetar los requisitos legalmente determinados al respecto, tanto el temporal relativo al plazo para ejercer el derecho a reclamar (art. 142.5 LRJAP-PAC), como los referentes al daño alegado, que es efectivo, económicamente evaluable y personalmente individualizado (art. 139.2 LRJAP-PAC).

No obstante, es de advertir que el escrito en cuestión tiene entrada en el SCS, a los fines que ahora interesan y en relación con el inicio del cómputo del plazo resolutorio, el 16 de octubre de 2002 y no el 15 de noviembre de 2002.

2. En su escrito, el reclamante describe su versión de los hechos ocurridos, tanto los previos al momento en que se produjo el daño, como éste mismo y los posteriores. Tal daño consistió en que, al ser operado por segunda vez y sin conocer entonces el motivo, no siéndole tampoco explicado satisfactoria o suficientemente con posterioridad, se cayó la prótesis que tenía en la boca, con dientes postizos o fundas dentales, al romperse los dos dientes situados en sus extremos que le servían de sujeción.

Como consecuencia de ello, no se puede poner otra ahora, sino que, como expone un dentista consultado sobre el tema, ha de efectuarse un tratamiento urgente, con varias operaciones en la boca y un presupuesto inicial de 765 €, para después, recuperado del tratamiento correspondiente al cáncer de piel operado, recibir otro consistente en implantes osteointegrados con un presupuesto aproximado de 6.000 €.

Cantidades ambas que son las que reclama como reembolso o indemnización compensatoria del gasto que le ocasionará reparar los daños sufridos por la asistencia recibida en el SCS. Esta es considerada satisfactoria y correcta en lo que se refiere a los resultados de las operaciones efectuadas respecto al control del melanoma que padecía y los ganglios conexos, pero no respecto a como se produjo, concretamente por parte de la anestesista, la segunda intervención.

Sin duda, el interesado tenía un melanoma en el tórax del que fue operado con éxito y, después, se le intervino para descubrir y extirpar ganglios afectados o conexos con él, asimismo con buen resultado, sin detectarse otras incidencias o efectos derivados de ese mal.

Y también consta que, en la segunda operación, el interesado perdió la prótesis que tenía en su boca, con rotura de dientes de los extremos, acudiendo a consulta de dentista para el arreglo del desperfecto y de su boca tras percatarse de todo ello al estar recuperándose en planta. Sin embargo, en este punto, subsisten algunas dudas en la interpretación de los hechos.

3. La PR, en tanto, desestima la reclamación, sobre la base de los Informes recabados por el instructor al Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia (IPF) y, previamente, por el Director Gerente del HUMI al Servicio de Anestesiología y a la Supervisora de Planta, siendo determinante los datos reflejados en la documentación relativa a la segunda intervención que tuvo el paciente, donde ocurrió el hecho lesivo, tanto la Hoja de Curso Clínico como la de Enfermería, que describen sus incidencias y, en particular, la que aquí importa.

A fin de fundamentar su sentido desestimatorio, la PR insiste fundamentalmente en la existencia del consentimiento informado del paciente, que se considera correctamente obtenido, no sólo en lo concerniente a la intervención de extracción ganglionar "per se", sino en lo que hace a la anestesia a realizar con motivo de la indicada intervención, habiendo sido advertido el reclamante que su implementación exige introducir un tubo por la boca hasta la tráquea para respirar y que, excepcionalmente, la introducción puede ser dificultosa y, pese a hacerse con cuidado, puede dañar algún diente.

En su consecuencia, la instructora considera que no concurre la necesaria relación de causalidad entre el daño ocasionado y el funcionamiento del servicio, aquí una intervención al paciente adecuada a su mal y consentida, incluida la anestesia general para efectuarla, ocurriendo el perjuicio como riesgo posible al procederse tratándose de curar, por el medio pertinente, una enfermedad del afectado, quien, en cualquier caso, viene así a concluirse, debe asumir el daño sufrido porque, informado de su riesgo, consintió en la operación y en ser anestesiado pese a ello.

III

1. Aunque luego deba volverse sobre esta cuestión (V.2), siendo obviamente determinante la relevancia del consentimiento informado en este caso, preciso es detenerse ahora a analizar la regulación legal y efectos del mismo, especialmente, el de desplazar al paciente el riesgo de la intervención.

Pues bien, aunque por el momento en que sucedió el hecho lesivo no era de aplicación la Ley 41/2002, básica y reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, siéndolo la LGS en su art. 10, sobre todo los apartados 2, 5 y 6, lo cierto es que la interpretación o aplicación de estos preceptos en diversas sentencias al resolverse diferentes casos en esta materia por los Tribunales, además de relevante en éste, se ajusta a las previsiones de la nueva normativa (arts. 4, 5.1, 8.1 y 2, 9.1 y 2, 10, 11.1 y 15.1 Ley 41/02).

En consecuencia, es esencial disponer del consentimiento expreso y escrito del paciente en cualquier intervención, pero sobre todo en las quirúrgicas o invasoras y aquellas con riesgos o inconvenientes de repercusión negativa para su salud, salvo ciertos supuestos tasados. Igualmente, ha de facilitarse previamente al paciente la información adecuada y correcta para que ese consentimiento sea procedente, particularmente en relación con el efecto antes expresado.

Sin embargo, debe matizarse que ello no cubre por sí mismo las negligencias médicas supuestamente sucedidas en su caso, ni incluso los daños que pudieran aparecer por asistencias objetivamente defectuosas en la realización del tratamiento, si se generan perjuicios en este supuesto que no son inevitables o inesperados por la dificultad o la naturaleza de la intervención u operación, en general o en el paciente del que se trata.

La información, por lo demás, ha de ser personalizada y completa, pudiendo ser verbal en su caso, pero debiéndose dejar constancia en la documentación del tratamiento y/o en la Historia Clínica del paciente. Obviamente, debiendo obtenerse el consentimiento del paciente para intervenir, ha de recibirse antes de la indicada información, en las condiciones legalmente explicitadas y tras valorar las opciones propias del caso.

Lo que incluye, no sólo la idoneidad curativa de la intervención planteada, por supuesto, en qué va a consistir ésta y las alternativas que existieren para tratar la enfermedad o para la realización de aquélla, sino asimismo los riesgos que comporta de fracaso o de daños, tanto los generales de toda operación, como las particulares de la que se propone, sean frecuentes o, en todo caso, típicos, siempre teniéndose en cuenta los antecedentes y condiciones o estado de salud del paciente y los medios disponibles.

Por supuesto, estos riesgos concretizados, personalizados y ajustados también han de advertirse respecto a la precisión de operar mediante anestesia general, con la aplicación del instrumental y fármacos que ésta comporta y su concreta manipulación.

2. Pues bien, en la presente ocasión y como ya se ha expuesto, es evidente que consta el consentimiento informado del paciente respecto a la segunda operación, tanto sobre la extracción de ganglios que se pretende con ella, como sobre la necesidad de efectuarla mediante anestesia general. Sin embargo, procede efectuar algunas precisas observaciones sobre este concreto pormenor:

En primer término, la información prestada al paciente no resulta plenamente adecuada por su generalidad, no efectuándose con suficiente personalización o ajuste a los antecedentes y condiciones o características del enfermo a operar o a anestesiar.

Además, al no existir firma de médico en algunos documentos, puede no haber cumplimiento del requisito de que la información se efectúe, como es debido, por el facultativo que ha de proporcionarla, atendiendo además a las preguntas del paciente, no cubriendo este deber la mera alusión en el documento al médico que está autorizado para intervenir.

Igualmente, y ya en último lugar, aunque en realidad esto sea lo más importante, la sola existencia del consentimiento informado no produce efectos taumatúrgicos ni sana por sí mismo las deficiencias objetivas o anomalías advertidas en el curso de la asistencia sanitaria, aunque éste hubiese sido correctamente otorgado en su caso: sirve de criterio, o de indicio, si se quiere, para apreciar que la asistencia practicada ha sido correcta, como así resulta en muchas ocasiones, sin perjuicio de su indeseado resultado; pero, en ningún caso, llega a poseer el alcance depurativo antes indicado.

Esto resulta, sencillamente, decisivo en el supuesto sometido a nuestra consideración, como más adelante se observará (V.2).

3. En fin, todavía dentro de este orden de consideraciones, ha de señalarse, adicionalmente, que la determinación de la carga de la prueba ha de efectuarse en lógica coherencia con el deber de cada parte en este procedimiento de acreditar sus alegaciones y, en definitiva, fundamentar su respectiva pretensión: ser indemnizado el reclamante, al darse los requisitos legalmente determinados al respecto, o desestimar la solicitud para ello la Administración, al ser improcedente por ausencia de nexo causal o por existir el deber de asumir el daño recibido, siendo "objetiva" la responsabilidad administrativa en este contexto con ciertos límites y condiciones legalmente fijadas y jurisprudencialmente perfiladas.

Por eso, la existencia tanto del consentimiento como de la información previa procedente corresponde probarla a la Administración, a través del Departamento o médico actuante, aunque sirva para ello cualquier medio reconocido en Derecho.

No sólo por la lógica procesal antedicha o por su mayor facilidad probatoria al disponer de los datos necesarios, sino al deducirse sin dificultad de lo previsto en la regulación aplicable ya citada, constituyendo la información y el consentimiento derechos esenciales del enfermo a los que corresponden los respectivos deberes de los facultativos.

IV

En el procedimiento concreto que se ha seguido en el supuesto sometido a nuestra consideración, se ha detectado una serie de deficiencias que no impiden pronunciarse ahora sobre el fondo del asunto, pero que igualmente es menester destacar para tratar de evitar su producción en otros expedientes:

1. El escrito de reclamación fue atendido correctamente por la Secretaría General del SCS. Sin embargo, como se presentó ante otro órgano de este Servicio, se remitió acuse de recibo de la reclamación mes y medio después de presentada, sin explicación al respecto.

Además, se le requirió la mejora del escrito correspondiente, en parte de manera un tanto innecesaria, tres meses después de recibido en la mencionada Secretaría General, sin suspenderse entonces el plazo de resolución del

procedimiento, del que ya habían transcurrido más de cuatro meses (art. 71 LRJAP-PAC).

Esto sentado, no sorprende que la Resolución de admisión a trámite se dicte el 11 de junio de 2003, cuando el antedicho plazo legal había vencido, incluso de contarse desde el momento en que la reclamación llegó a la Secretaría General del SCS. Y es que, como resulta claro, la admisión no inicia el procedimiento de responsabilidad, pues lo hace la presentación de la reclamación por el interesado, efectuada más de siete meses antes (arts. 142.1 y 68 LRJAP-PAC).

2. Se advierte, además, en la admisión que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, se suspende el plazo de resolución del procedimiento para recabar el Informe del Servicio de Informes, Prestaciones y Farmacia (IPF), siendo preceptiva la solicitud de este Informe, por el tiempo en que éste se emita y reciba.

Sin embargo, no es éste el Informe que preceptivamente ha de recabarse en este procedimiento y caso, sino el del Centro o Departamento que atendió al paciente, por más que se diga que aquél sirve para pedir éstos.

En todo caso, la suspensión tiene un plazo máximo de tres meses y empieza a contar cuando se recaba el Informe y no cuando se decide pedirlo, ocurriendo que la solicitud se tramita el 18 de junio de 2003 y el Informe se emite el 1 de octubre de 2003, superado el máximo de tiempo de suspensión y, obviamente, vencido el plazo resolutorio; circunstancia que se había producido con anterioridad, de todos modos, como se ha advertido.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto, en orden a la admisibilidad de la reclamación, en el art. 6 RPRP sobre el recibimiento a prueba y la indicación de los medios probatorios a utilizar, el órgano instructor ha de proceder, exacta y obligadamente, a la apertura del período probatorio cuando no tenga por ciertos los hechos alegados por la interesada (art. 80.2 LRJAP-PAC), como aquí es claro que sucede.

Justamente, los interesados pueden aducir alegaciones o aportar documentos probatorios o de juicio a lo largo del procedimiento, incluido en el momento de realizar el trámite probatorio, lógicamente (art. 79.1 LRJAP-PAC). Por su parte, el instructor no puede rechazar las pruebas propuestas por el interesado, antes de y durante ese trámite, más que por resolución motivada y siempre que sean manifiestamente innecesarias o improcedentes.

En consecuencia, como quiera que la admisión de pruebas y subsiguiente práctica de las admitidas sólo puede efectuarse tras la apertura del período probatorio y ésta es obligada, no resulta adecuado que se pueda efectuar al tiempo la apertura del período probatorio y la admisión de las pruebas propuestas, ni que se pase directamente, y sin más, al trámite de vista y audiencia del interesado.

4. Sobre la PR, en concreto, interesa resaltar que es evidente que en este trance el plazo resolutorio ha vencido sobradamente, no acordándose siquiera, aunque ello deba hacerse como prevé exactamente el art. 42.6 LRJAP-PAC, la ampliación del mencionado plazo. Y ello, no sólo por las deficiencias en el procedimiento ya advertidas y sin justificación al respecto; también se observa que, sin causa aparente y explicación alguna, la PR se formula inicialmente el 13 de mayo de 2004, más de seis meses después de efectuarse la audiencia.

Lo que no obsta a que, por obligación legal, deba resolverse expresamente el procedimiento, sin perjuicio de las responsabilidades o consecuencias que ello comporte y de que el interesado pueda entender desestimada su reclamación y proceder en consecuencia (arts. 42.1 y 7, 79.2 y 142.6 y 7 LRJAP-PAC).

V

1. No obstante la existencia de algunas discrepancias en los factores determinantes de la producción del hecho lesivo y, en especial, de su causa, existe evidencia acuerdo tanto sobre que tal hecho sucede como de cuando tiene lugar.

Así, se recuerda que, padeciendo el interesado de melanoma en el tórax, fue intervenido para extirparlo previa información al respecto y con su consentimiento, incluyendo el de anestesia para operar, aunque no constan en el expediente estos extremos, salvo algunos datos previos a la intervención y su preparación.

La operación fue satisfactoria, pero, al ser pertinente en estos casos y tras análisis efectuados sobre este particular, el paciente fue advertido que era conveniente una intervención complementaria en la zona del melanoma, cercana a la axila derecha, en orden a eliminar ganglios que pudieran estar conexos al o afectados por el melanoma extirpado.

Por eso, ingresó de nuevo y, tras la información y los consentimientos que constan en el expediente, se le realizó, con anestesia general, la antedicha

operación, extirpándosele los ganglios también satisfactoriamente. Sin embargo, en la aplicación de la anestesia, al introducirse un tubo por la boca del paciente necesario para respirar, la prótesis que tenía éste en la boca se soltó, afectándose tanto las fundas dentales como los dientes de los extremos que la sujetan. La prótesis y uno de los dientes, no habiéndose encontrado el otro, se entregaron a los padres del paciente que estaban en la sala de espera por la anestesista.

A la luz de todos los datos disponibles no parece haber duda, como de hecho asume la PR, que la prótesis se cayó en la segunda operación al perder sujeción por rotura de los dientes que servían para fijarla y estaban a sus lados. Por lo demás, no consta que tal prótesis estuviere en mal estado; es más, no parece que lo estuviera cuando el paciente fue revisado, sin problemas al respecto, para ser intervenido la primera vez y se detectó su existencia, ni tampoco se plantearon dificultades por ella o por los dientes de sujeción en esa operación inicial.

2. Siendo ello así, en esta tesitura, no vale para rechazar la responsabilidad exigida, en cuanto el daño no puede ser imputable a la Administración porque el riesgo de su producción no lo ha de asumir ésta sino el paciente, con base en su consentimiento informado, aducir que éste existe y que se ha prestado adecuadamente.

Ante todo, ha de insistirse en que la información debida al paciente sobre los riesgos que comportaba la anestesia no fue exactamente la adecuada por su generalidad, dada la situación de su boca y la actuación de entubación que debía realizarse, pudiendo perder su prótesis en la maniobra. Todavía con más razón si el estado de aquella o de los dientes de sujeción no fuere bueno, por más que ello no consta.

Pero, más allá de ello, asimismo se ha indicado que la prestación del consentimiento no cubre cualquier género de daños y, en particular, aquél que no es inevitable o típico resultado de la operación a realizar, por su dificultad o naturaleza, y que no se produce por la necesaria actuación dado el estado del paciente; o, en otros términos, aquél que no resulta de un "daño intrínseco" al tratamiento, que por ello se produce de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica, por emplear las propias expresiones de que se sirve la STS de 5 de junio de 1991, precisamente adoptada como referencia por la PR.

Teniendo en cuenta que el paciente ya había sido intervenido recientemente, y conociéndose que tenía prótesis y el estado de su boca, al parecer normal, nada se dice en el expediente sobre dificultades previas o teóricas para introducir el tubo en relación o no con su prótesis, no existentes en la primera operación, ni tampoco que hubieran surgido en la segunda, justo al iniciarse.

En estas condiciones no puede sostenerse que el paciente debe asumir el riesgo advertido que generaba la intervención con la administración de anestesia general al dar su consentimiento. Tanto más cuando, en los términos que refleja la propia información previa al otorgamiento del consentimiento, se advierte que dicho riesgo sólo se produce "excepcionalmente" y como resultado produce acaso el de "dañar algún diente". No cabe mantener que en este supuesto ha de asumir el daño sufrido al no estar su producción justificada o ser inevitable y aparecer totalmente desproporcionado respecto al riesgo informado.

3. En consecuencia, procede estimar la reclamación presentada, pues se produce daño en el ámbito de prestación del servicio y derivado de su funcionamiento, existiendo la necesaria relación de causalidad y siendo imputable la causa del hecho lesivo a la Administración, al ocurrir por su actuación, inadecuada, sin poder desplazarse el riesgo de la intervención y la subsiguiente asunción del daño producido al interesado.

Distinta ha de ser nuestra conclusión respecto de la valoración del daño pretendida por la reclamación: en principio, lo que procede es restituir al reclamante en el valor que corresponda a las piezas dañadas, de modo que si éste considera que en la actualidad existen remedios terapéuticos que alcanzan un resultado aún más deseable, correría de su cuenta la diferencia existente. Si lo que resulta es que, por virtud de lo singularmente acontecido, no pudiera en este caso sino acudir a tales remedios, sí procedería cubrir su coste correspondiente, si bien ello no figura suficientemente acreditado en el expediente. En este caso, y desde la perspectiva inversa justamente, también podría eludirse la responsabilidad de la Administración, si la sustitución de las fundas por los implantes resultara inevitable, por razón de su deterioro, o por el tiempo transcurrido desde su implantación, pero tampoco ello ha sido probado.

En cualquier caso, la cuantía resultante ha de actualizarse, por la injustificada demora en la resolución del procedimiento, cuyo plazo ha vencido sobradamente sin culpa del interesado, en aplicación del art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I O N E S

La PR sometida a nuestra consideración resulta contraria a Derecho. Por las razones indicadas en el Fundamento V.1 y 2, existe la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la producción del daño para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. La valoración del daño ha de efectuarse de conformidad a los criterios expresados en el Fundamento V.3.