



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 103/2006

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de abril de 2006.

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 P.U.M., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario: Mala praxis: retraso en el tratamiento. Se estima parcialmente la reclamación (EXP. 51/2006 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma, por la que se propone desestimar la reclamación de indemnización por daños, que se alega se han producido por el funcionamiento del servicio público sanitario, que ante ella presenta P.U.M., en el ejercicio del derecho indemnizatorio, al efecto contemplado en el Ordenamiento jurídico, en el art. 106.2 de la Constitución (CE), exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del servicio, por la que se estima deficiente actuación de los servicios sanitarios.

2. La solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Estando legitimado para solicitarla la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada Ley 5/2002.

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

3. Los hechos que han dado lugar a la presente reclamación, en síntesis, son los que siguen:

En octubre de 1984, la interesada sufre un traumatismo en el ojo izquierdo, lo que da lugar a una intervención de urgencia en el Servicio de Oftalmología del Hospital Materno Infantil.

Secundario a este traumatismo se desarrolló una catarata, la cual fue tratada con una intervención quirúrgica, en la que se implantó una lente intraocular, el 11 de mayo de 1989.

En 1990, se le diagnostica un glaucoma en el mismo ojo, secundario a los problemas anteriores, siendo intervenida del mismo en dicho año, implantándosele una lente intraocular.

Sin embargo, y pese al cambio de lente, por medio de una operación quirúrgica, se le produjo una fibrosis y al no poder controlar adecuadamente la tensión del ojo afectado, siguiendo lo prescrito en un informe médico de un Centro oftalmológico, que presenta la afectada en el año 2000, se le implanta una válvula Ahmed, en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid, al que la remitió el Servicio Canario de la Salud. Con dicha intervención no recuperó agudeza visual, cuya pérdida era irreparable, pero sí se logró controlar la presión ocular, evitando un mayor deterioro del mismo.

4. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, siendo una materia no desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

II

1. En relación con el procedimiento, éste se inicia por medio de la reclamación de responsabilidad presentada por la interesada el 13 de noviembre de 2000, la cual había sido presentada dentro de plazo de acuerdo con lo ya señalado por este Organismo en su Dictamen 184/2003, de 7 de octubre. En el marco de dicho procedimiento, la Propuesta de Resolución de 13 de agosto de 2003, de carácter

desestimatorio, no fue considerada conforme a Derecho, solicitándose la retroacción de las actuaciones, un nuevo informe de Servicio y el otorgamiento a la interesada de una audiencia posterior a la presentación del Informe ya referido (Dictamen 184/2003).

2. Del modo indicado, el 31 de octubre de 2003 se solicitó por el Servicio de Normativa, Estudio y Concierto del Servicio Canario de la Salud un nuevo informe, que contuviese la información requerida por este Consejo Consultivo, al Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia del Servicio Canario de la Salud. El 13 de noviembre de 2003, se emitió dicho informe.

Ordenada, en efecto, por Resolución de 31 de octubre de 2003 la retroacción del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y después de recibido el informe indicado, el 19 de enero de 2005 se le concedió el trámite de audiencia a la interesada, la cual remitió su escrito de alegaciones el 9 de febrero de 2005.

El 26 de enero de 2006, se formula nueva Propuesta de Resolución, también de carácter desestimatorio, la cual es la que constituye ahora el objeto de este Dictamen.

3. En cuanto a la concurrencia de los requisitos constitucional y legalmente previstos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, se observa lo siguiente:

La interesada es titular de un interés legítimo, el cual le atribuye la legitimación activa en el procedimiento incoado, pudiendo reclamar, ya que es quien sufre el daño, teniendo por lo tanto la condición de interesada en el procedimiento (art. 31 LRJAP-PAC).

La competencia para tramitar y resolver la reclamación le corresponde el Servicio Canario de Salud, por ser el titular de la gestión del servicio prestado.

En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, ya que se ha reclamado dentro del plazo legalmente previsto (art. 142.5 LRJAP-PAC).

El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la persona del interesado, de acuerdo con lo prescrito en el art. 139.2 LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es de carácter desestimatorio, ya que considera que no ha habido una mala praxis, por lo que no se ha infringido la *lex artis*, siendo los daños consecuencia del propio traumatismo sufrido por la interesada, de tal manera que no concurre la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño sufrido por la interesada.

2. Pese a lo señalado por este Organismo en el Dictamen 184/2003, sigue sin constar en el expediente el consentimiento informado de todas y cada una de las intervenciones quirúrgicas practicadas a la interesada, lo que indudablemente lleva a concluir que dicho consentimiento no existe.

En relación con la falta de acreditación del consentimiento informado, hemos de remitirnos e incidir en lo ya dispuesto por este Organismo en el Dictamen referido anteriormente, en el que se establece que, "todo paciente de cualquier intervención quirúrgica ha de prestar por escrito en efecto dicho consentimiento. Y es que el documento suscrito a tal propósito sirve para acreditar el cumplimiento por la Administración de su obligación de informar al paciente, tras comunicarle el diagnóstico y pronóstico de su enfermedad, sobre el tratamiento que su terapia precisa, con sus riesgos y posibles secuelas negativas, así como sus alternativas. De constar dicho documento, puede concluirse así que el paciente asume voluntariamente los riesgos al decidir someterse a la operación, formando ésta parte de dicho tratamiento. El consentimiento informado constituye de este modo uno de los títulos jurídicos que obliga a soportar la materialización de los riesgos de un acto médico.

Por el contrario, su falta de constancia o la existencia de lagunas o defectos sustanciales en la información podría comprometer gravemente la responsabilidad de la Administración. La prestación de la información debida al paciente en los términos expuestos, y la constancia del consentimiento consiguiente de éste a la intervención quirúrgica propuesta, constituye en efecto un imperativo legal, cuya conculcación puede arrastrar consecuencias jurídicas sumamente graves.

La exoneración de responsabilidad presupone ineludiblemente la constancia del consentimiento del paciente en el tratamiento que recibe: la necesaria adecuación a la *lex artis* lo exige. La ausencia de información convierte el daño en antijurídico, dado que el paciente sólo está obligado a soportar aquellos riesgos que han sido

puestos en su conocimiento y ha decidido asumir una vez valoradas las ventajas que le puede reportar la práctica de la intervención. El incumplimiento de los deberes de información convierte en inadecuada la prestación llevada a cabo, de donde deriva la responsabilidad de la Administración por este concreto motivo [SSTS de 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999/2081), 4 de abril, 3 y 10 de octubre de 2000 (RJ 2000/3258, 2000/7799 y 2000/7804), y de 7 de junio de 2001 (RJ 2001/4198)].

Al respecto, procede recordar que el derecho a recibir la información procedente en los términos expuestos ha sido incluso calificado como “derecho fundamental” y está reconocido y garantizado en los textos jurídicos nacionales e internacionales de más alto rango. Entre éstos y por todos, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, ratificado por España (BOE de 20 de octubre de 1999).

Y, en nuestro Derecho interno, actualmente 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. Esta última, de carácter básico, constituye la normativa actualmente en vigor y corona el sentido de una legislación de la que, por otra parte, se sitúa en una clara línea de continuidad. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en efecto, con igual carácter básico, ya incluyó con toda claridad entre los derechos básicos de los ciudadanos “respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias”, entre otros, el derecho “a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento” (art. 10.5).

3. La omisión del consentimiento informado constituye, sin la menor duda, la infracción de un deber legal, que se establece precisamente en garantía del derecho de usuario de los servicios clínicos a que acabamos de referirnos, y que posee incluso la categoría de derecho fundamental, como también se ha señalado.

Procede, en primer lugar, declararlo así; pero es que, además, de la infracción de dicho deber legal resultan diversas consecuencias jurídicas, entre otras, puede ello determinar el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, ya sobre este concreto pormenor, hay que reparar que la responsabilidad patrimonial de la Administración no surge sólo y sin más por la mera omisión del consentimiento informado, sino que exige igualmente como presupuesto indispensable que el daño cuyo resarcimiento se reclama resulte de un "acto médico", cuya realización sin la concurrencia del indicado consentimiento es lo que precisamente daría lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Y si se repara bien sobre las circunstancias concretas del supuesto que nos ocupa, cabe apreciar que el daño supuestamente ocasionado a la reclamante (del que resulta su actual patología: queratitis aguda con pérdida de visión en un ojo) del que pretende derivarse la responsabilidad patrimonial de la Administración, se imputa sólo limitadamente a la práctica de los actos médicos en sí mismos considerados, y más bien a su falta de realización en el tiempo debido o, por decirlo de otro modo, a la demora en su puesta en práctica: en concreto, el retraso en la implantación de una válvula intraocular, tipo Ahmed.

De este modo, la responsabilidad patrimonial que se pretende se fundamenta esencialmente, no tanto en la realización de una actividad jurídica de la Administración o, en su caso, meramente material, como sobre todo, más exactamente, a la omisión de dicha actividad, en suma, a la inactividad de la Administración.

4. De conformidad con lo expuesto, y sin perjuicio de que en nuestro Dictamen 184/2003 se dejaba expresa constancia de la falta de consentimiento informado y de la existencia por tanto de una palmaria infracción legal en este aspecto, no menos cierto es que la retroacción de las actuaciones practicadas con que el Dictamen concluía, y que finalmente la propia Administración acordó también practicar, se justifica "en cuanto desestima la reclamación sin motivación suficiente, procediendo la retroacción de actuaciones en orden a la adecuada integración del expediente del procedimiento tramitado conforme se expresa en el mismo":

"señalando en su Fundamento II apartado 3, la necesidad de que se emita nuevo e informe sobre la correcta realización de las operaciones de 1989 y 1990; la condición o causa de los efectos dañosos por ellas producidos, particularmente la fibrosis padecida por la reclamante que le causa pérdida de la visión, especificando también el tratamiento que recibió ésta y si existen otros alternativos; los motivos por los que se tardó diez años en cambiar la lente que generaba diversos problemas; una más precisa información sobre el

motivo de usar un medio de terapia, la válvula Ahmed, en uso médico desde cinco años antes con buenos resultados, como también aquí sucedió y aunque sólo fuera para reducir el glaucoma y sus molestias, y su instalación final tras la intervención de la medicina privada en el caso; o la explicación del retraso de la operación de 1999 y sus posibles efectos en el estado de la afectada.”

Cumple observar que estos extremos han sido cumplimentados ahora en su conjunto, por medio del informe de 13 de noviembre de 2003, incorporado al expediente y del que ya se ha hecho mención. Como también, el posterior trámite de audiencia y, en fin, la formulación de una nueva Propuesta de Resolución, sometida a la consideración de este Consejo Consultivo y objeto de este Dictamen, como resulta preceptivo.

Desde la perspectiva expuesta, cabe constatar en efecto, y de conformidad con lo que acaba de adelantarse, que el informe de 13 de noviembre de 2003 satisface las exigencias requeridas, y completa de este modo la motivación inicial en el sentido indicado por nuestro anterior Dictamen, e impuesto asimismo por la Resolución que, sobre la base de dicho Dictamen, ordena la retroacción de actuaciones.

5. No puede dejar de observarse que en la implantación de la válvula Ahmed en 2000 pudo haber resultado determinante la visita girada entonces por la reclamante a un Centro privado, que así lo recomendó. Es un indicio desde luego consistente; pero lo cierto es que la Administración no considera, al evacuar ahora el requerido informe complementario antes mencionado, que la implantación de la válvula se debiera a dicha causa. Esgrime otras razones diferentes y justifica la demora en su implantación en los siguientes términos:

“Con respecto al implante de la válvula de Ahmed (...). Los implantes de válvulas oculares son el último procedimiento de elección para el tratamiento de glaucoma, por sus muchas complicaciones y resultados inciertos, según la experiencia existente en este momento. Que de estas válvulas, la última generación con resultados superiores a las anteriores, es la llamada válvula de Ahmed, que se estaban implantando en nuestro país desde hacía aproximadamente unos cinco años antes. Estos implantes se realizaban en Centros especializados, como el Servicio de Oftalmología del Hospital Clínico de San Carlos de Madrid, a donde fue remitida la paciente. Por todo lo expuesto, y

como las tensiones oculares de esa enferma se controlaban bastante bien con tratamiento médico, hasta las últimas fechas de consulta, motivó que con un criterio razonable, no se aconsejara antes el implante de la mencionada válvula”.

Sin duda, son todas estas razones fundadas y atendibles, que se aportan a tenor del requerimiento de este Consejo, y que proporcionan por lo demás fundamento para asentar sobre ellas el criterio expresado por la Administración por medio de la Propuesta de Resolución sometida ahora a nuestra consideración.

A estos efectos, lo que procedería de contrario justamente es entrar a poner en cuestión derechamente tales razones, lo que, sin embargo, con ocasión de la práctica de los trámites ulteriores -en particular, en la nueva audiencia practicada a la interesada para trasladarle los términos de las nuevas actuaciones realizadas-, no se ha llevado a efecto, sino que, todo lo más, se insiste en los mismos planteamientos conocidos, que ya venían sosteniéndose con anterioridad a la práctica de estas diligencias complementarias.

Naturalmente, sin embargo, estas consideraciones no llegan a desvirtuar del todo nuestra apreciación inicial de que en su origen los daños por cuya producción ahora se reclama tuvieron lugar de resultas de unos actos médicos realizados sin la prestación del consentimiento informado, como hubo ocasión de destacar al principio.

Por lo que las razones que ahora se aportan y que sostienen la Propuesta de Resolución sometida a nuestra consideración, si bien atenúan y reducen en lo esencial los términos de la reclamación de responsabilidad, no llegan a excluirla del todo absolutamente, siendo procedente atenderla siquiera parcialmente, por la influencia sobre los daños ejercidas por la inexistencia de consentimiento informado a la práctica de los actos médicos realizados inicialmente. Esta circunstancia genera algunas consecuencias indemnizatorias, al margen incluso de la corrección técnica de la asistencia sanitaria efectuada, si bien ciertamente limitadas.

En todo caso, ha de tenerse presente que los daños ocasionados se imputan fundamentalmente, como también ha sido suficientemente destacado, no tanto a los términos en que se realizó dicha asistencia en 1989 y 1990, como a la demora producida en la implantación de la válvula de Ahmed a partir de 1996.

C O N C L U S I Ó N

No es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen. Procede estimar parcialmente la reclamación planteada, en los términos expuestos en el Fundamento último de este Dictamen.