



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 1 8 / 2 0 0 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de octubre 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 M.C.S., en nombre y representación de C.S.C., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 296/2006 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (PR), producida por la Secretaría General del Servicio Canario de Salud (SCS), integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma (CAC), 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 C.S.C. 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 el que se estima deficiente la 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 (LCCC). Está legitimada para solicitarlo la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. La reclamante, que lo hace por medio de representante y en nombre de su madre, señala que, tras la intervención que sufrió la paciente el día 21 de junio de

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

2001, al no ponerle drenaje, se produjo una infección de su estómago, y la deformidad, hinchazón, herida sin cicatrizar que padece al día de hoy, lo que imposibilita, al estar reventada, cualquier intervención quirúrgica para su mejoría. Solicita por ello una indemnización de 90.151,82 euros, lo que especifica en trámite de mejora de solicitud, pues en su reclamación solicita las medidas para la recuperación de la lesionada y una indemnización. Y, teniendo en cuenta que el art. 139.2 de la Ley 30/1992 exige que el daño sea evaluable económicamente, se procede a ello, concretando su cuantía el 16 de abril de 2003.

4. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y 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 (RPRP), siendo una materia no desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

II

1. El procedimiento se inicia por medio de la reclamación de responsabilidad presentada por la hija de la interesada, que actúa en nombre de ella, el 23 de enero de 2003.

- El 17 de septiembre de 2003 la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dicta Resolución, notificada a la interesada el 29 de septiembre de 2003, por la que acuerda la admisión a trámite de la reclamación y la suspensión el plazo para resolver por el tiempo que media entre la solicitud de los informes preceptivos y la recepción de los mismos.

Hay que tener en cuenta que el único Informe preceptivo es el del Servicio afectado, siendo los demás Informes médicos complementarios pero no preceptivos, no dando lugar estos últimos a suspensión alguna, de acuerdo con el art. 42.5.c) LRJAP-PAC.

- El 16 de abril de 2003 se mejora la solicitud, tras ser instada a ello la reclamante por fax remitido el 4 de abril de 2003, proponiendo medios de prueba y evaluando económicamente el perjuicio en 90.151,82 euros.

- El 16 de junio de 2003 se remite Informe del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia relativo a la no prescripción de la acción, pues consta historia clínica de la paciente en la que, con fecha de 17 de abril de 2002, se refleja efecto de la intervención a la que se refiere la reclamación, como parte de diagnóstico de esta fecha y con efectos a la misma fecha, esto es, "eventración postquirúrgica no operable".

El 2 de abril de 2004 el Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia evacua el informe recabado por el órgano instructor el 17 de septiembre de 2003, y adjunta los informes emitidos el 1 y el 19 de marzo de 2004 de los Servicios de Obstetricia y Ginecología del Complejo Hospitalario Materno-Insular, y de Cirugía General y Coordinador Médico Área Quirúrgica del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria.

- Con fecha de 24 de mayo de 2005, se acuerda abrir periodo probatorio, lo que se notifica a la interesada, tras varios intentos, el 5 de julio de 2005, donde se hace constar que se admiten las pruebas interesadas por la parte reclamante en su escrito inicial y de mejora, así como la aportación como documentales de los Informes recabados en periodo de instrucción por el Servicio de Prestaciones y Farmacia. No añade nada nuevo la interesada en esta fase.

Ahora bien, es de advertir el vicio procedimental que se observa en este punto, pues al día siguiente del acuerdo sobre fase de prueba es cuando se adopta el de audiencia, pues, el 25 de mayo de 2005, se acuerda la apertura de trámite de audiencia, notificándolo a la reclamante, tras varios intentos, el 9 de agosto de 2005. Sin que la parte comparezca tampoco a este trámite.

Y es que, de los arts. 80 y 81 de la Ley 30/1992, se infiere la exigencia de otorgamiento de plazo suficiente (no menos de 10 días) para la cumplimentación del trámite de pruebas por la parte interesada, por lo que no es posible acordar la audiencia sin conocer los resultados de aquel trámite, pues el art. 84 de aquella Ley señala, respecto de la audiencia, que se producirá instruido el procedimiento, esto es, con todo su contenido, lo que, evidentemente, no ha podido realizarse en un día. No obstante, también es de advertir, por otra parte, que entre las notificaciones respectivas sí se cumple el plazo legal (la de prueba, el 5 de julio de 2005, y la de audiencia, el 9 de agosto de 2005), lo que sucede, sin embargo, dados los previos intentos fallidos.

En cualquier caso, a la vista del resto del expediente, no consideramos que este defecto conlleve la nulidad del procedimiento ni la necesidad de la retroacción del mismo, pues su contenido es suficiente para adoptar una decisión ajustada a Derecho.

- Tras dictarse Propuesta de Resolución de carácter desestimatorio, el 14 de junio de 2006, se solicita el Informe preceptivo del Servicio Jurídico, éste se emite el 13 de julio de 2006, considerando la Propuesta de Resolución como ajustada a Derecho. Con posterioridad, el 25 de julio de 2006, se emite la Propuesta de Resolución definitiva en aquel sentido.

2. Por otra parte, en cuanto a la concurrencia de los requisitos constitucional y legalmente previstos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previstos en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), se observa lo siguiente:

- La interesada es titular de un interés legítimo, que le atribuye la capacidad para reclamar en el procedimiento incoado, ya que es quien sufre el daño y, tiene, por lo tanto, la condición de interesada en el procedimiento (art.31 LRAP-PAC), si bien, en este caso, actúa por medio de su hija.

- La competencia para tramitar y resolver la reclamación le corresponde el Servicio Canario de la 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, y es que no es extemporánea la reclamación pues, aunque la misma se presenta el 23 de enero de 2003 en relación con un daño producido en el 2001, sin embargo, tratándose de un perjuicio a la salud, el plazo de prescripción no empieza a computarse sino desde la curación o determinación del alcance de las secuelas, y, por una parte, según la reclamante, aún la curación no es completa, y, por otra parte, el propio Informe del Servicio, de 16 de junio de 2003, se manifiesta en este sentido.

- El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

III

En cuanto al fondo del asunto, según se desprende del escrito de iniciación, los hechos por los que se reclama son los siguientes:

- Que C.S.C. fue intervenida quirúrgicamente el 21 de junio de 2001 para la extracción de un tumor, que resultó ser benigno.

- Se originaron problemas en el postoperatorio pues, según argumenta la reclamante, no se le aplicó el preceptivo drenaje, a pesar de habersele solicitado por J.Á.G.H., Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Materno Insular. La aplicación de este drenaje -señala el escrito- era conocida por los familiares de la Sra. S.C., al comentárselo varios facultativos en el Hospital. En este particular, la negativa del Dr. G. fue tajante, ya que al ser mayor la paciente no la necesitaba.

- A consecuencia de ello, el segundo día de la operación, la paciente comenzó a tener fiebres altas y a amarotársele todo el cuerpo, situación que devino crítica hasta el punto de que durante la madrugada del día 26 de junio sufrió cuatro hemorragias, sin que pudiera tratarla ningún médico porque el que estaba de guardia en planta estaba el "palomar", es decir, durmiendo, y a pesar de que durante toda la madrugada la hija de la paciente estuvo exigiendo a las enfermeras que llamaran al médico, por lo visto tenían instrucciones de no despertarlo pasara lo que pasara. Esto forzó que su hija, angustiada por la grave situación de la enferma, bajara al Servicio de urgencias buscando a un médico que pudiera examinarla, lo que tampoco fue posible porque la doctora de guardia estaba atendiendo partos, por lo que decidió desplazarse al Hospital Insular para rogar que un médico fuera al Materno, pero dijeron que no era posible, y tras una llamada, "milagrosamente", a las cinco de la madrugada el doctor que dormía despertó y atendió a la paciente.

- Pero, a consecuencia del tiempo transcurrido, al día siguiente ha de ser operada para extraerle toda la "suciedad" que no había podido expulsar por no haberse implantado el drenaje, lo que sí se le aplica el 27 de junio, comenzando a evolucionar muy poco a poco, incluso, sufriendo otra crisis a los pocos días de esta operación, siendo controlada por la Dra. L.V., que indicó que había sido una negligencia médica -según indica la reclamante- el no haberse implantado drenaje.

- La paciente sufrió un "calvario" durante tres meses hasta que le dan el alta el 1 de agosto de 2001, si bien continuando con las curas diarias en su casa por una ATS.

- El estado que mantenía en aquellas fechas es el mismo a día de hoy, la herida de su estómago no ha cicatrizado, estando abierta y supurando continuamente, presentando un estómago deforme y muy hinchado.

- Durante este tiempo continuó con las revisiones con el especialista en digestivo, el Dr. A.M.F., quien indicaba que el problema era que la paciente estaba herniada, lo que viene contradicho por las veces en las que aquélla tuvo que acudir a Urgencias por los fuertes dolores y altísimas fiebres, donde, tras practicársele diferentes pruebas se le indica que no está herniada sino reventada, llegando a sugerirle una intervención quirúrgica que, por otro lado, el Dr. A.M.F. ha contradicho sin mayores explicaciones.

Dados estos dolores y fiebres la enferma ha estado hospitalizada en distintas ocasiones.

- Por otro lado, en diciembre de 2002 la ingresan para practicarle un catéter derivado de una piedra en la vesícula por no lograr expulsarla ni poder ser intervenida por el cuadro que padece.

- El 8 de enero de 2003 ingresa nuevamente en el Hospital, por dolores muy fuertes en el costado izquierdo y la parte baja del estómago, donde se le están realizando pruebas, pero sin posibilidad de ser operada por estar reventada.

IV

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es de carácter desestimatorio, pues se considera en ella que el daño sufrido por la interesada no es imputable a la actuación de la Administración. Por lo tanto en este supuesto se afirma que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración y el daño sufrido por la interesada, pues deriva de su propia enfermedad hepática.

2. Ciertamente, así se desprende del Informe del Servicio, que incorpora los informes de los servicios médicos implicados, así como los resultados del análisis de las Historias clínicas de la paciente en el Hospital Universitario Insular de Gran Canaria y en el Hospital Materno- Infantil de Canarias, incorporadas al expediente.

En aquel se señala, en cuanto a la intervención del 21 de junio de 2001, que:

- El médico de guardia sí asistió para valorar a la paciente en varias ocasiones, lo que, además, se confirma en el análisis de las hojas de enfermería.

Y, por otra parte, se informa de que el equipo de guardia está compuesto de tres adjuntos y dos residentes, tres de ellos (un adjunto y dos residentes) están continuamente despiertos, por lo que es imposible la referencia que hace la reclamante sobre "médico en el palomar".

- Que, tal y como señala el Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Materno- Infantil, la deshicencia de la parte inferior de la herida quirúrgica no tiene absolutamente ninguna relación con la colocación o no de drenaje quirúrgico, pero, sin embargo sí tiene relación con la hepatopatía previa a la intervención que padecía la paciente.

Y, es más, no sólo no existe ninguna relación entre el postoperatorio y la no colocación de un drenaje en la primera intervención, sino que en ésta no estaba indicado en función de los resultados de la intervención y, sin embargo, sí estaba contraindicada en función de la patología hepática de la paciente, ya que al drenar el líquido ascítico propio de su hepatopatía con hipertensión portal hubiera incrementado la producción de éste y habría descompensado aún más a la paciente.

- Que, en cuanto a las consecuencias del postoperatorio, se señala que se establece diagnóstico de eventración y se realiza cirugía reparadora de la disrupción de herida postoperatoria el 27 de junio de 2001. Se comprueba eventración en la mitad inferior de la incisión abdominal. El 21 de agosto de 2001, bajo el diagnóstico de eventración se remite para su seguimiento por el Servicio de Digestivo y en febrero de 2002 es valorada su eventración por el Servicio de Cirugía General, indicándose a la paciente que tiene un alto riesgo quirúrgico, razón por la que en principio no desea ser intervenida. Se valora nuevamente el 6 de noviembre de 2002, y, aunque, en principio, la función hepática está estabilizada, en opinión del cirujano persiste un alto riesgo quirúrgico y debe ser asumido y aceptado. Se cita en 6 meses. Tras varias asistencias a especialistas, condicionadas por su patología hepática, pues sólo en una de las, al menos, 8 ocasiones que constan, el motivo fue dolor en bajo vientre, y es cuando se le diagnostica de eventración.

3. Pues bien, efectivamente, la eventración (hay que advertir que es éste un término que, por otra parte confunde la reclamante con “estar reventada” y señala que no es una “hernia”, como diagnosticó uno de los doctores. Pues bien, por algún diccionario se califica de una especie de hernia externa, lo que explica la confusión de la reclamante, que, en ningún momento menciona la palabra “eventración”) es una complicación de la primera intervención, pero no lo es como consecuencia de mala *praxis* médica, sino de la hepatopatía de la enferma, que, se insiste en varios momentos a lo largo del expediente, no era candidata a intervención quirúrgica dado el alto riesgo de complicaciones que conllevaba su padecimiento hepático.

Sin embargo, no consta que se informara a la paciente, de manera que le fuera comprensible, de que dadas sus características personales se enfrentaba en la intervención quirúrgica a un alto riesgo añadido, lo que, encima, era, al parecer, muy evidente para los médicos.

En relación con el consentimiento informado, el Tribunal Supremo pone de manifiesto en su reiterada jurisprudencia (Sentencia del 18 de enero de 2005, recurso 166/2004, Sentencia de 20 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, RJ 2005\4312, entre otras), por un lado la importancia de formularios específicos, ya que sólo por medio de un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla con su finalidad; y, por otro lado, declara que dicho consentimiento está estrechamente ligado al Derecho de autodeterminación del paciente.

Esta doctrina jurisprudencial tiene su base legal en la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) en los arts. 10.5) y 6); en ellos se regula el derecho de todo paciente a “(...) que se le dé en términos comprensibles a él, a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”, además del derecho a “(...) la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso (...)”, además de la regulación del mismo en el capítulo II de 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 regulación del consentimiento informado implica que la responsabilidad por las consecuencias que puedan surgir de los posibles riesgos derivados de las

actuaciones médicas, siempre y cuando se haya actuado conforme a "*la lex artis ad hoc*", será asumida por el propio paciente.

El Tribunal Supremo considera también en su jurisprudencia (Sentencia del 18 de enero de 2005, recurso 166/2004, Sentencia de 4 de abril de 2000, recurso de casación 8065/1995) que el consentimiento informado forma parte de la "*lex artis*", siendo un presupuesto y parte integrante de ella, por lo que su omisión o su prestación inadecuada, lo que ha ocurrido en este caso, pues los consentimientos relativo a la anestesia (13 de junio de 2001, donde la paciente consiente a través de la plasmación de su huella dactilar, lo que prejuzga su analfabetismo, por lo que, incluso, debió aclararse que la información se le facilitó verbalmente, para que sea válida) y a la cirugía (firmado por la hija de la paciente, en representación de aquélla, el 4 de agosto de 2000, más de un año antes de la intervención), lo que implica una mala *praxis*, ya que informar al paciente de manera específica, sobre la intervención médica y sus riesgos, por parte del médico, se está cumpliendo una de sus obligaciones de medios, generando su incumplimiento, en caso contrario, responsabilidad de sufrir daños.

Esta doctrina es compartida por este Consejo Consultivo, que se ha manifestado en tal forma en reiterados Dictámenes (160/2001, 1/2005, 175/2005, 238/2005, 55/2006, 209/2006, entre otros).

4. En este supuesto, ha quedado demostrado que el consentimiento informado no se prestó de forma adecuada, ya que se realizó de forma genérica, y no tal y como hemos mencionado anteriormente.

Puesto que se trata de una complicación que, dadas las circunstancias de la paciente, era muy probable que se produjera, debió haberse advertido este riesgo en el consentimiento. Sin embargo, donde, en el consentimiento, hay un espacio dedicado a señalar los riesgos operatorios propios en el caso de cada paciente, en este caso está vacío, cuando, por el contrario, era el lugar idóneo para advertirle de que, dados sus padecimientos podían producirse las complicaciones que se dieron.

Así pues, no basta que en el funcionamiento del Servicio sanitario no se hayan obtenido unos resultados satisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio

y que, además, sean antijurídicos en el sentido de que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlos.

Pues bien, en este punto es donde, en el caso que nos ocupa, parece resultar imputable a la Administración el perjuicio producido, y es que, aunque en la intervención se haya procedido conforme a la *lex artis*, como no se pone en duda, no se actuó conforme a ella en el preoperatorio al no dotar el consentimiento de la información precisa y personalizada exigible, por lo que el daño inferido al paciente no ha de ser soportado al carecer de correcto título jurídico para ello. En esta línea se reafirma cada vez más el Tribunal Supremo, al restar valor a los consentimientos en serie, exigiendo que se ajusten a cada caso concreto para que sean válidos títulos justificadores de la intervención realizada (STS de 18 de enero de 2005, anteriormente citada).

En el caso que nos ocupa, el riesgo de que se produjeran las lesiones que la reclamante ha experimentado no era un riesgo generado por el funcionamiento del servicio de salud, sino de las propias condiciones de la patología de la paciente, sí, pero ella debía saberlo para deber soportarlo.

Se trata, pues, de un proceso no consentido originariamente por la paciente en todas sus eventuales consecuencias, no recogidas como posibles en el consentimiento informado del 4 de agosto de 2000, como contrapartida posible a la intervención por el tumor en el ovario izquierdo, que, por otra parte, se produjo satisfactoriamente. Así pues, concurre uno de los requisitos esenciales de la responsabilidad patrimonial de la Administración y que consiste en que el daño sea antijurídico. En este caso no existe un título jurídico, una causa de justificación que obligue a la perjudicada a soportar el daño, por lo que el perjuicio es antijurídico y, por ende, indemnizable.

5. Ahora bien, es en el grado de responsabilidad de la Administración donde procede hacer algunas puntualizaciones que determinan una ponderación de aquélla.

Por ello, se considera que la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen no es conforme a Derecho, ya que se puede imputar la responsabilidad patrimonial derivada de los hechos a la Administración, por las razones anteriormente expuestas, quedando además, demostrada la relación de causalidad entre el funcionamiento anormal del Servicio y el daño efectivamente sufrido por la interesada, si bien, en un 50%.

Y es que, en primer lugar, no se ha producido una incorrecta *praxis* médica, todo lo contrario, se le ha extirpado exitosamente el tumor a la paciente.

En segundo lugar, en relación con las secuelas físicas, respecto a las cicatrices que muestra la reclamante en las fotos que aporta, son fruto, no sólo de esta intervención, sino de otras anteriores sufridas. De hecho, señala el Informe del Servicio, que la laparotomía fue realizada sobre cicatriz anterior de laparotomía.

Y, en cuanto a la supuesta imposibilidad de la paciente para ser operada actualmente de sus otros padecimientos, pues "ha quedado reventada" por la intervención a la que nos venimos refiriendo, hay que señalar que los informes de los especialistas, incorporados al Informe de Servicio vienen a negar tal relación, pues, de hecho, la paciente nunca fue pata para ser operada, no por la eventración postquirúrgica, sino por su hepatopatía. Así, se afirma por este informe, "la reclamante no es candidata a intervención quirúrgica por sus otros padecimientos (propios de su patología hepática), no por la eventración, sino por su grave hepatopatía que determina una importante alteración de la coagulación con plaquetopenia y alteración del tiempo de protombina e índice de Quick, y, porque, además, se le aplicó tratamiento alternativo. Además, en todo caso, se ponderó la no afectación del estado de su abdomen a su calidad de vida".

Por todo ello procede estimar parcialmente la reclamación de la interesada con reconocimiento del derecho a ser indemnizada en la cantidad que corresponda al porcentaje del cincuenta por ciento del importe resultante de aplicar el baremo correspondiente a la tabla prevista en la Resolución de la Dirección General de Seguros del año en que se produjo la lesión patrimonial por la que se reclama. Esta suma debe ser actualizada de conformidad a lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no se ajusta a Derecho. Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada e indemnizar a la parte lesionada en la forma expresada en el Fundamento IV.5.