



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de noviembre 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 L.L.P., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 357/2006 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) formulada 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 L.L.P., en el ejercicio del derecho indemnizatorio establecido en el art. 106.2 de la Constitución (CE), exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del servicio, porque se estima deficiente su actuación.

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). Estando legitimada para solicitarla la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. La interesada declara que el día 9 de febrero de 2003, a las 17:00 horas, ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Canarias, ya que se

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

encontraba embarazada de 39 semanas y le habían comenzado las contracciones. Alrededor de las 23:00 horas de ese mismo día se le administró la anestesia epidural.

El día 10 de febrero de 2003, alrededor de las 03:00 horas y dado que se había prolongado el parto excesivamente, se decidió la utilización de fórceps, pero tras varios intentos fallidos de extracción de su hijo la Doctora encargada de asistir a la interesada en el parto requirió la ayuda de varios Doctores, quienes turnándose en el uso de los fórceps lograron finalmente extraer al recién nacido.

Como consecuencia de las prácticas realizadas durante el parto la interesada sufrió un desgarro de IV grado en la zona del perineo, que le produjo una fisura recto-vaginal como consecuencia de la mala praxis en el uso de los fórceps.

4. El 13 de febrero de 2003 se le da el alta médica, pero el 14 de febrero de 2003 la paciente acude a su médico de cabecera, quien observa que los loquios (líquidos que generan los genitales de la mujer durante el puerperio o periodo de tiempo que transcurre desde el parto hasta que vuelve al estado anterior a la gestación) dan mal olor; por ello, le receta un antibiótico y le recomienda acudir al Hospital si continúan los síntomas.

El 16 de febrero de 2003 la afectada observa como le salen heces de la vagina, por lo que acude al Hospital Universitario de Canarias. Se le recomienda volver al día siguiente para ser examinada por un ginecólogo y un cirujano.

5. El 17 de febrero de 2003 se le comunica por los especialistas que debe ser intervenida quirúrgicamente inmediatamente, ya que las lesiones que presentan pueden ser debidas a que con los fórceps se le perforó la zona recto-vaginal.

El 18 de febrero de 2003 es intervenida; sin embargo, le vuelven a salir heces por la vagina, comentándole los médicos que esto se puede deber a una pequeña fístula abierta en la zona referida, por lo que se le mantiene ingresada hasta el 12 de marzo de 2003, día en que es dada de alta.

6. En abril de 2003 la paciente volvió al Centro Hospitalario ya referido, con los mismos síntomas que en anteriores ocasiones. Tras ser atendida, los Doctores le comentan que la fístula cerrará con el tiempo y que una nueva operación no es aconsejable por ser muy complicada y sin garantía de éxito.

7. La interesada permaneció 28 días de baja hospitalaria y 365 días de baja no impeditiva, quedándole como secuelas una fístula vagino-rectal, que le impide mantener relaciones sexuales normales, le causa dolores durante la menstruación y le impiden un nuevo parto vaginal, además, esto le ha provocado un empeoramiento de su síndrome depresivo.

8. 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. En relación con el procedimiento, éste se inicia por medio de la reclamación de responsabilidad presentada por la interesada el 7 de marzo de 2005, junto con diversa documentación referida al caso.

El 17 de marzo de 2005 se le notifican diversos datos referidos al procedimiento, así como se la requiere para que remita autorización expresa de acceso a los datos obrantes en su Historia Clínica por los profesionales que, por razón de sus funciones, tengan acceso a ella durante la tramitación del procedimiento.

El 28 de marzo se solicita la subsanación de su reclamación por medio de la presentación de determinados documentos relativos al procedimiento, que son remitidos junto con la propuesta de prueba.

2. El 27 de abril de 2005 se le solicita que aporte certificación acreditativa del estado en el que se encuentran las Diligencias Previas relativas a los hechos tramitados en el Juzgado de Instrucción nº 5, de La Laguna. Éstas se remiten por la interesada el 9 de mayo de 2005, constando en ellas el Auto de Sobreseimiento Provisional, de 29 de junio de 2004, del referido órgano judicial.

3. El 16 de mayo de 2005 la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dicta una Resolución por la que se admite a trámite la reclamación de la interesada.

4. El 16 de mayo de 2005 se solicitó el Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, reiterándose dicha solicitud el 10 de octubre de 2005. Este informe se emitió el 20 de diciembre de 2005.

El 30 de noviembre de 2005 se emite el Informe del Jefe del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario de Canarias.

El 25 de julio de 2005 se remite el Historial Clínico de la interesada.

5. El 8 de julio de 2005 el Consorcio Sanitario de Tenerife solicita que se le tenga como parte interesada en este procedimiento, cuestión que será tratada posteriormente.

6. El 9 de enero de 2006 se le remite un escrito a la interesada en el que se le informa que puede proponer otros medios de prueba distintos a la que constan en su reclamación inicial. El 28 de enero de 2006 presenta un escrito por el que propone nuevos medios probatorios.

El 17 de febrero de 2006 se dicta Resolución por la que se acuerda la apertura del periodo probatorio. El 23 de mayo de 2006 se practica el interrogatorio de testigos.

7. El 26 de mayo de 2006 se le otorga el trámite de audiencia a la afectada y al Consorcio Sanitario de Tenerife. La interesada presenta un escrito de alegaciones el 26 de junio de 2006.

8. El 4 de agosto de 2006 se elabora una primera Propuesta de Resolución, ya vencido el plazo resolutorio del procedimiento.

El 21 de septiembre de 2006 se emite un Informe de la Asesoría Jurídica Departamental.

El 2 de octubre de 2006 se formula fuera del plazo resolutorio la Propuesta de Resolución definitiva.

9. 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 del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), 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 LRAP-PAC).

Como ha declarado reiteradamente este Organismo, el Consorcio Sanitario de Tenerife carece de legitimación activa en este procedimiento. Así, en el Dictamen 290/2005 se afirma que "el Consorcio Sanitario de Tenerife, que interviene en este procedimiento como parte interesada en el mismo, no puede actuar, sin embargo, en este concepto, tal como ya se ha advertido recientemente por este Consejo Consultivo en los Dictámenes 185/2005 y 187/2005.

Por supuesto, aún menos puede serlo en igualdad de derechos con el interesado, que es la afectada y reclamante, en este procedimiento, dirigiéndose contra la Administración gestora del servicio prestado cuyo funcionamiento le causa daño alegado y no contra otra Administración o contra el titular de un centro integrado en el sistema y prestador del servicio, consorciada o concertadamente.

Siendo el Servicio Canario de Salud no solo quien tramita y resuelve el procedimiento, sino quien responde en exclusiva frente al usuario, es claro que el Consorcio Sanitario de Tenerife no puede intervenir como Administración competente y como si hubiera asumido él la prestación del servicio por convenio la Administración autonómica titular de aquél y de las competencias en la materia, actuándolas mediante el organismo administrativo creado legalmente a este fin, el Servicio Canario de Salud.

En cualquier caso, el Consorcio, sin determinarse exactamente con qué base o a qué fin, no puede ser interesado en el procedimiento, sin perjuicio de las actuaciones que procediesen a resultas de la resolución del mismo en el ámbito interno y respecto al funcionamiento del Hospital Universitario de Canarias o de sus Servicios médicos, o, en su caso, de la distribución de la responsabilidad que se reconociera por la Administración competente para ello, el Servicio Canario de la Salud.

En realidad, su posición en el procedimiento no puede ser esencialmente distinta de la del titular de un centro concertado; es decir, del que se integra en el sistema y presta el servicio bajo la tutela o dirección del Servicio Canario de Salud, por

concierto o acuerdo entre su titular y la Administración autonómica, particularmente, el Servicio Canario de la Salud.

En esta línea, debiendo en este caso solicitar informes de los Servicios actuantes del Hospital Universitario de Canarias, cabe que el Consorcio conozca estas actuaciones y su contenido o, aun, que solicite al instructor que requiera otros relacionados con el caso, tramitándose incluso estas actuaciones a través de él, pero no puede intervenir como parte a los efectos procedimentales reglamentados, especialmente en los trámites probatorio o de vista y audiencia -como ha ocurrido en este caso-, sobre todo equiparado al afectado y en contradicción inmediata con éste.

Y, sin desconocer que el Servicio Canario de la Salud y el Consorcio Sanitario de Tenerife son formalmente personas jurídicas distintas y que en el Consorcio hay otro miembro, además de la Administración autonómica, tampoco es admisible que ésta tramite y resuelva el procedimiento y, al tiempo, como parte del Consorcio, intervenga también como interesado. Recuérdese que el instructor y el decisor del procedimiento, aun cuando deben actuar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la actuación administrativa (arts. 103.1 de nuestra Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992), son parte de la Administración afectada en relación directa con la reclamante.

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

- En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, puesto que se ha reclamado dentro del plazo legalmente previsto (art. 142.5 LRJAP-PAC). Las secuelas consolidaron 365 días después de los 28 días de ingreso hospitalario de la afectada, pero además, las actuaciones judiciales relativas a los hechos se archivaron por medio de un Auto de sobreseimiento provisional de 29 de junio de 2004.

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

III

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen desestima la reclamación de la interesada, ya que se afirma que no existe relación de causalidad entre el daño

sufrido por la afectada y el funcionamiento del Servicio, puesto que en todo momento se actuó conforme a la *lex artis*, de modo que se tomaron las medidas adecuadas a las características específicas del parto de la interesada.

En la PR se declara, con base en los Informes médicos, que el periodo expulsivo del parto duraba 90 minutos, siendo un periodo excesivo que podía ocasionar sufrimiento fetal; además, el feto presentaba una posición cefálica con distocia de rotación (occipito posterior), ausencia de líquido amniótico, necesidad de la práctica de episiotomía mediolateral izquierda, por lo que de acuerdo con la *lex artis* se debían utilizar los fórceps, obteniendo como resultado la extracción exitosa del recién nacido.

Además, se señala que con las pruebas practicadas ha quedado suficientemente acreditado que los médicos no se turnaron para utilizar los fórceps y que el facultativo de guardia fue el que atendió a la interesada, practicando la extracción de su hijo con los referidos fórceps.

2. La interesada declara que la lesión, el desgarro recto-vaginal de IV grado, se debe a que se empleó la técnica de los fórceps de modo inadecuado, turnándose los médicos durante tres veces y comenzando a practicarla la residente de primer año, que no estaba cualificada para ello.

3. En todos los Informes médicos que constan en el expediente, incluido el Informe del médico forense del Juzgado nº 5 de San Cristóbal de la Laguna, se declara que una de las causas más frecuentes de desgarros recto-vaginales, similares al de la interesada, es el de la posición "occipito posterior" del feto, siendo ésta la que presentaba el hijo de la interesada.

4. Además, de acuerdo con la ciencia médica (así se expresa en los Informes médicos aportados por la Administración y la interesada al procedimiento), en la actualidad son muy pocos los casos en los que el uso de los fórceps dan lugar a lesiones similares a la sufrida por la interesada dado el avance que se ha producido en el empleo de esta técnica. Sin embargo y pese a ello, en el Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones se declara lo siguiente "Dentro de las complicaciones del uso de fórceps se encuentra el desgarro en grado IV. Favorecido en este caso, además, por la posición fetal. Aunque el desgarro, según las circunstancias obstétricas, se puede producir en partos no instrumentados".

En el Informe del Jefe del Departamento de Obstetricia y Ginecología se afirma en relación con esta cuestión que “Los desgarros titulares no se producen por el fórceps en sí mismo sino por el paso de la presentación por el canal del parto, en este caso la cabeza fetal en posición occipito posterior, posición que aumenta las necesidades de espacio”, añadiéndose que “Es cierto que los desgarros titulares son más frecuentes en el uso del fórceps pero no como consecuencia de una práctica inadecuada sino como complicación intrínseca de las maniobras de extracción. También es cierto que el fórceps se utiliza cuando la expulsión natural del feto está dificultada y por tanto en circunstancias en que de producirse el parto natural también puede esperarse un aumento de riesgo de desgarros”.

5. En este supuesto, ha quedado demostrado no sólo por lo declarado en los Informes médicos, sino en las declaraciones testificales que la actuación de los Doctores fue adecuada, produciéndose una complicación propia de la técnica empleada y de las características del parto. No demostrándose de ningún modo que se turnaran tres médicos en el uso de lo fórceps o que no fuera atendida por el especialista de guardia.

IV

1. De acuerdo con lo antes expuesto, el daño sufrido por la interesada, que ha quedado debidamente acreditado, se debe a una complicación propia del tratamiento médico y de las circunstancias del parto. Sin embargo, no consta en el expediente que la interesada haya prestado su consentimiento Informado, previo al parto, en el que se le expresara, que era posible que por las características del parto sufriera un desgarro recto-vaginal con las secuelas que esto conlleva. Riesgo conocido por los Doctores, tal y como se deduce de sus Informes, ya que ellos mismos señalan que el desgarro recto-vaginal puede producirse en los partos con fórceps e incluso en los partos naturales, especialmente cuando concurre la posición occipito posterior.

2. El Tribunal Supremo declara reiteradamente en su jurisprudencia, como lo hace en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 9 de noviembre de 2005, que “Esta Sala y Sección en torno a esta cuestión del consentimiento informado viene manteniendo que la falta del mismo constituye una mala *praxis ad hoc* pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial *per se* si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente (...)”.

3. Sin embargo, se afirma en la Sentencia de 9 de noviembre de 2005 que "(...) ello decimos, no justifica que pueda sostenerse que un documento como el suscrito por la paciente avale y excuse la actuación de la Administración sanitaria dando por cumplido su deber de información con el enfermo. Es evidente que la inexistencia de consentimiento en este caso, causó a la recurrente un daño manifiesto puesto que le privó de adoptar en uso de su derecho a decidir en torno a las posibles opciones que se le ofrecieran la más conveniente para sí (...)". Lo que ocurrió en el asunto que nos ocupa, al tratarse de un parto de riesgo.

4. En este supuesto no se acredita la existencia del consentimiento informado y personalizado, como se ha demostrado fehacientemente, con lo que se produce una mala *praxis* generadora de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración.

5. La Propuesta de Resolución, de carácter desestimatorio, no es conforme a Derecho, ya que con arreglo a lo anteriormente declarado debe de ser estimatoria.

A la interesada le corresponde la cantidad solicitada a modo de indemnización, la cual resulta debidamente justificada en el Informe pericial adjuntado a su reclamación.

La indemnización, dado el tiempo transcurrido entre la reclamación y la Resolución del procedimiento, debe de ser objeto de la actualización prevista en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La PR examinada no se ajusta al Ordenamiento Jurídico, al haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio (por el motivo que se indica en el Fundamento IV, apartados 1 a 4 de este Dictamen), debiendo indemnizarse a la interesada en la cantidad reclamada. Y todo ello con aplicación de lo previsto en el art. 141.3 LRJAP-PAC por la demora en resolver.