



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 221/2007

(Sección 2ª)

La Laguna, a 16 de mayo de 2007.

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 I.M.L., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 160/2007 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El procedimiento cuya Propuesta de Resolución culminatoria se somete ahora a Dictamen de este Consejo trae causa de otro anterior que dio lugar al Dictamen 120/2004, emitido el 22 de julio de 2004, sobre la Propuesta de Resolución que culminaba un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, actuando a través del Servicio Canario de Salud, que se había iniciado por reclamación de indemnización por daños que, se alegaba, fueron generados por el funcionamiento del servicio público sanitario y que fue presentada, en ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución, por I.M.L. mediante escritos presentados los días 19 y 22 de mayo de 2000 ante la Oficina de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios (ODDUS). Todo ello, de acuerdo con lo establecido en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo.

El Dictamen 120/2004 no entró en el fondo del asunto por entender que era preciso retrotraer el procedimiento a fin de completar su instrucción e integrar en el expediente determinada información y documentos señalados en los Fundamentos III y IV de aquel Dictamen.

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

Por esta razón, ahora se remite nuevamente Propuesta de Resolución por la que se estima parcialmente la pretensión de la interesada, interesando Dictamen de este Consejo por escrito de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, de 3 de abril de 2007, con entrada en el Consejo Consultivo el 12 de abril de 2007.

2. Damos por reproducido el contenido de nuestro anterior Dictamen en relación con la legitimación activa y pasiva, la prescripción, la tramitación del procedimiento y los hechos por los que se reclama.

3. Ha de entresacarse, de aquel Dictamen, la referencia que se hizo acerca de que siendo de esencial relevancia en este supuesto las cuestiones relativas al consentimiento y a la información previa de y a la paciente, era preciso hacer mención a la regulación legal de los mismos y a la acreditación del cumplimiento de las exigencias legales al respecto. En este sentido, aunque no resultaba de aplicación la Ley 41/2002 -habida cuenta del momento en que sucedieron los hechos, siéndolo los artículos correspondientes de la Ley General de Sanidad, LGS, en especial su art. 10- era y es lo cierto que la interpretación de éstos por la jurisprudencia, además obviamente de relevante, se ajusta perfectamente a lo que luego se preveía en la normativa aplicable ya en el momento de la emisión de aquel Dictamen (arts. 4, 5.1, 8.1 y 2, 9.1 y 2, 10, 11.1 y 15.1 de la Ley 41/2002).

Entonces se señaló que 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. Y también lo es que se facilite previamente al paciente la información adecuada y correcta para que ese consentimiento sea procedente, particularmente para desplazar al enfermo los riesgos del tratamiento o intervención, siempre que se haga de modo adecuado lógicamente, de modo que deberá asumir los daños que aparezcan al aplicarse tratando de curar por ser inevitables o inherentes al mismo.

Consecuentemente, la información al paciente ha de ser personalizada y completa, en los términos explícitamente reseñados en los apartados 5 y 6 del art. 10 LGS, 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 consentimiento del paciente para intervenir, ha de recibir antes la 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 y, por supuesto, en qué va a consistir y, además, las alternativas que existieren para tratar la enfermedad o para la realización de aquélla, sino los riesgos que comporta de fracaso o de daños, tanto los generales de toda operación, como los 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.

En el caso que nos ocupa, el instructor consideraba que la paciente tuvo que ser consciente de lo que hacía el médico al intervenirla y de que, por lo que ella misma decía, fue informada sobre su proceso, consintiendo en definitiva a que se le extrajeron las cinco piezas efectivamente extraídas y no sólo el diente partido.

Sin embargo y sin perjuicio de lo que más adelante se diría en aquel Dictamen sobre la incidencia que estas circunstancias tenían en el fondo del asunto y, por tanto, en el pronunciamiento de este Organismo al respecto, la realidad es que no había constancia en el expediente del consentimiento informado de la paciente previo a la intervención que se le efectuó, que ha de ser por escrito, sino de la información previa al mismo realizada en la forma antedicha. Y ello, aunque existió oportunidad para proporcionarla en varias ocasiones. Por demás, no se disponía de historia clínica o documentación del tratamiento efectuado, por lo que no había siquiera acreditación de la enfermedad periodontal de la paciente o de la situación de su encía y dientes.

Tan solo constaba en el expediente que se remitió a este Consejo la afirmación del odontólogo de que informó a la enferma, pero significativamente no decía sobre qué asunto, y de que ésta hizo ciertas preguntas al médico que le contestó sobre la influencia de la diabetes en su dolor. Pero estas circunstancias no sólo no cubrían la ausencia de consentimiento escrito, sino tampoco suponían el cumplimiento de la información legalmente exigible y necesaria para hacer válido aquél.

En fin, 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- la carga de la

prueba de la existencia tanto del consentimiento como de la información previa procedente corresponde a la Administración, a través del Departamento o médico actuante. 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 derechos esenciales del enfermo a los que corresponden los respectivos deberes de los facultativos.

Asimismo, se advierte de que la interesada propuso en escrito de mejora de la reclamación diversas pruebas, que admite correctamente el órgano instructor, y habiéndosele notificado la apertura del período probatorio el 23 de abril de 2001, aquélla ratifica dichos medios y afirma que se envían copias de algunos documentos conservando los originales a disposición del órgano instructor, entre los que señala, que están informes de odontólogo de evaluación del tratamiento recibido por la paciente y del Servicio de Urgencias del Hospital Negrín, sobre ingreso por hiperglucemia. Sin embargo, en el expediente que se remitió a este Consejo no figuraban tales informes, pudiendo ser relevantes, al menos parcialmente, para la resolución del caso y, por ende, el pronunciamiento de este Organismo. Por tanto, si tales informes se habían facilitado por la reclamante o, en todo caso, si existían, en conexión por demás con lo solicitado por ella en su último escrito de reclamación, habían de constar en el expediente o, en su caso, había de constar la decisión del instructor de no recoger esa solicitud.

4. Por todo lo expuesto, concluíamos en el Dictamen 120/2004 que “En principio, ha de convenirse en que no resultan indemnizables, en principio, los gastos de la reclamante de orden administrativo” y relativos a los trámites relacionados con el daño ocasionado. No ya en cuanto que no se explica cómo se producen dichos gastos o se acredita su cuantía, sino que no parece que, en este supuesto, se puedan haber producido ese tipo de gastos.

Similarmente, pudiera no estar justificada la indemnización referente a los gastos para realizar la reposición de las piezas extraídas. Así, está acreditado que, tras una primera consulta al odontólogo en el Centro de Salud de Escaleritas, que al parecer no le correspondía en principio a la paciente, o eso parece insinuarse por su Directora, y serle pautados medicamentos por tener la encía inflamada e infectada, a la semana siguiente dicho odontólogo le extrajo hasta cinco dientes del maxilar antero-inferior, no sólo el diente, partido, por el que acudió a la consulta la paciente en principio, al dolerle, sino también los cuatro contiguos, al considerarlo necesario por exigirle el correcto tratamiento de su enfermedad periodontal.

Pero ello exige acreditarse que era inevitable la extracción de esos dientes, siendo inviables para un posible tratamiento y subsiguiente permanencia en la boca de la paciente. Lo que, a su vez, requiere demostración de que ésta sufría una enfermedad afectante a su encía, que se supone no es la mera inflamación periodontal, simple síntoma de tal enfermedad, de manera que, potenciada eventualmente por su diabetes, puede comportar una infección bucal capaz de producir el deterioro de la encía y el hueso hasta dejar en precario la sujeción de los dientes.

Y, sobre todo, necesita la prueba de que la situación había degenerado hasta existir una infección de tal calibre, afectando a la zona donde estaban los dientes extraídos y/o amenazando la compensación de la diabetes de la paciente, que únicamente cabía para contenerla la extracción de todos ellos, sin posible tratamiento de la encía para eliminarla y mantenerlos, al menos alguno, tanto extrayéndolos conjuntamente, como uno detrás de otro.

Sin embargo, en el expediente no hay constancia alguna, no existiendo historia clínica o documentación de las asistencias efectuadas -salvo la mera afirmación del odontólogo que intervino o la existencia de un diente partido que causaba dolor y que debía extraerse- de estos extremos. Es más, de ciertos datos disponibles, contenidos en los Informes del odontólogo del ODDUS que intervino inicialmente o del Servicio de Urgencias del Hospital Dr. Negrín, cabe asumir que la enferma padece una enfermedad periodontal, apareciendo retracción ósea, pero no se infiere su existencia en el momento de la intervención, al no apreciarse infección o inflamación debidas a ella, pues parecen debidas a las extracciones mismas, ni que estuviera en la situación o las condiciones necesarias para justificar las extracciones y, sobre todo, su realización conjunta e inmediata. Y ello, sin perjuicio de la pertinencia de disponer, a fines aclaratorios determinantes, del Informe odontológico solicitado por la interesada al reclamar o del que, según dice, aporta como medio probatorio.

5. Por otro lado, no existiendo alusión al respecto en el expediente, debe aclararse la procedencia de que, siendo acreditadamente hipertensa y diabética la paciente, era preciso efectuarle ciertas pruebas antes de ser intervenida, particularmente para fijar su nivel de insulina y evitar posibles riesgos derivados de esta circunstancia, incluso de carácter mortal.

En relación con ello, ha de manifestarse si la paciente fue atendida en el Hospital Negrín por sufrir hiperglucemia derivable de la intervención y no sólo por

dolores propios de ésta, pues habría de responderse por el riesgo al respecto generado a la interesada por no efectuarse los preceptivos análisis por su, conocida, condición de diabética, aunque afortunadamente su concreción se limitó, de constatarse, a dicha hiperglucemia.

Así pues, se remitió nuestro Dictamen a la Consejería de Sanidad a fin de que se realizara adecuadamente la instrucción del procedimiento y se remitieran los datos antes referidos.

II

1 a 3.¹

4. Las conclusiones del Informe del Servicio de Inspección han sido acogidas por la Propuesta de Resolución, al propugnar la estimación parcial de la reclamación, aunque elevando la cuantía de la indemnización a la cantidad de 3.961,71 euros al aplicar la actualización resultante de la Resolución de 7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2007.

Consideramos adecuada y ajustada a Derecho la propuesta objeto de este Dictamen, porque no se han acreditado la existencia de otros daños fuera de los expresamente contemplados por la Propuesta de Resolución; con la sola salvedad, sin embargo, de que la cuantía resultante debe complementarse con la adición a la suma expresada del porcentaje del diez por ciento como factor de corrección, fijado en la tabla IV de la Resolución citada para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, como perjuicio económico a incluir en este apartado respecto a cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que estima parcialmente la reclamación se considera conforme a Derecho, con la salvedad de que debe complementarse con la adición del porcentaje del diez por ciento como factor de corrección, en base a lo expuesto en el Fundamento II.4. La indemnización resultante a abonar a la interesada asciende a la cantidad de 4.357,88 euros.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.