



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 250/2007

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de junio 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 F.S.S., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 191/2007 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de un Organismo Autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 17 de abril de 2007, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 27 de abril de 2007. De la naturaleza de esta Propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, este último precepto, con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de F.S.S. al pretender el resarcimiento de un daño que se le irrogó en su persona como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud.

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

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.a) del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

5. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues el escrito de reclamación se presentó el 21 de enero de 2005, constando en su historia clínica que el 25 de agosto de 2004 finalizó el tratamiento rehabilitador en el Hospital Dr. Negrín, estabilizándose las secuelas.

Ahora bien, respecto a la prescripción del derecho a reclamar el órgano instructor recabó inicialmente determinada información para pronunciarse al respecto acerca de este punto.

- Así, el 3 de marzo de 2005 solicitó informe al Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia acerca del momento exacto de determinación del alcance. Se emite informe el 3 de junio de 2005, señalándose el reclamante fue sometido a intervención quirúrgica el 5 de junio de 2003; que según consta en la historia clínica, posteriormente se habla con la familia acerca de la situación del paciente el 26 de junio de 2003; que estos procesos se estabilizan al cabo de un año, tras el cual las posibilidades de mayor recuperación son escasas. En este caso, después de realizar tratamiento de rehabilitación, el 13 de agosto de 2003 la situación era de bipedestación independiente, marcha sin bastón inestable, con bastón estable, transferencias independientes, BM MMSS 5/5, MMII 5/5 excepto PSOAS 3/5; esta situación ha sido mantenida hasta la última revisión por el Servicio de Rehabilitación.

- Se confiere trámite de audiencia por acuerdo de la Secretaría General del Servicio Canario de Salud de 15 de junio de 2005, notificado el 22 de junio de 2005 para que el interesado pueda realizar las alegaciones que estime pertinentes, lo que verifica el 5 de julio de 2005 afirmando que las secuelas se estabilizaron el 6 de junio de 2004.

- El 14 de julio de 2005 el escrito de alegaciones es remitido al Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia a fin de que se emita nuevo informe, que se evacua el 20 de julio de 2005, aclarando que *"(...) aunque estos procesos se estabilizan al cabo de un año, en el caso concreto de este paciente la situación informada en fecha de 13 de agosto de 2003 se ha mantenido hasta la última revisión que consta realizada en el Servicio de Rehabilitación"*.

- Nuevamente se otorga audiencia al interesado en relación con este último informe mediante comunicación de 21 de julio de 2005, notificada el 28 de julio de 2005. Presenta el reclamante alegaciones, en el mismo sentido que en las anteriores, el 5 de agosto de 2005.

- El 21 de septiembre de 2005 se dicta Propuesta de Resolución por la que se acuerda la no admisión a trámite de la reclamación del interesado por prescripción.

- Sin embargo, en informe del Servicio Jurídico, de 10 de octubre de 2005, se pone de manifiesto la disconformidad a Derecho de la Propuesta-acuerdo por no haberse acreditado la prescripción del derecho a reclamar, pues se hace referencia a que consta en la historia clínica del reclamante que el 25 de agosto de 2004, un año tras la intervención, finalizó el tratamiento rehabilitador en el Hospital Dr. Negrín, siendo el único momento en el que se habla de "estabilización".

- A la vista de lo informado, por Resolución de 18 de noviembre de 2005 de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación del interesado, al haberse constatado que no había transcurrido un año entre la determinación del alcance de las secuelas y la interposición de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración.

III

El objeto de la reclamación que nos ocupa viene dado, según el interesado, por la siguiente secuencia de hechos:

- El 4 de septiembre de 2001 el reclamante es dado de baja laboral como consecuencia de presentar "pérdida de fuerza en el EID (...)", y, simultáneamente comienza la exploración por los servicios médicos del Servicio Canario de Salud, siendo remitido el 19 de septiembre de 2001 por el Centro de Salud de Tamaraceite a consulta especializada de Neurología, donde es visto el 30 de octubre de 2001, determinándose por el especialista: "(...) H. discal lumbar L4-L5 central (I`D) y signos de (ilegible) lumbosacra. Remito a Neurología H. Negrín (...)".

- El paciente acude al Hospital Dr. Negrín el 31 de enero de 2002 y valorado por los Servicios de Neurocirugía, donde se decide su intervención quirúrgica como único medio de paliar su dolencia y su inclusión en lista de espera para ingreso, solicitud que se cursa el 20 de junio de 2002, quedando el ahora reclamante a la espera de ser avisado para su intervención.

Se destaca, en la reclamación, que en la solicitud de inclusión en lista de espera se hacía constar que el paciente debía ser intervenido con carácter preferente, y, en el apartado "observaciones" incluso se reflejaba: "el paciente tiene ya las analíticas".

- A pesar de aquello pasaban los meses sin que se produjera el ingreso, el estado del paciente, que inicialmente era simplemente de déficit de fuerza en su miembro inferior derecho, se fue agravando con dolores que hacían necesaria su pronta intervención, teniendo que acudir continuamente a los Servicios de Urgencia ambulatorios dependientes del Servicio Canario de Salud, a fin de paliar los dolores que padecía.

- Cuando ya el paciente no pudo esperar más, formuló reclamación, no sólo por iniciativa propia sino también por indicación personal de los Servicios de Inspección médica que atendían su caso, en impreso oficial el 1 de octubre de 2002, esto es, cuatro meses después de indicarse su operación con carácter preferente.

Sin embargo, esta reclamación no tuvo efecto, pues, a pesar de contestarse el 21 de noviembre de 2002 por el Servicio de Promoción de Calidad del Hospital Dr. Negrín, señalando que la reclamación se trasladaba al Servicio de Admisión, el ingreso del paciente se produce el 25 de junio de 2003, esto es, más de un año después de pautarse su intervención.

- Tras el ingreso, el 25 de junio de 2003, el aquí reclamante es operado el 6 de julio de 2003, haciéndose constar, posteriormente, en el informe de alta: "(...) *En el postoperatorio inmediato se detectó una hemiparesia izquierda de predominio*

crural, practicándose TAC cervical, en la que no se apreciaban complicaciones hemorrágicas, aunque sí se observaba lateralización de la placa hacia el lado derecho. Sin afectación neural ni vascular.

El déficit ha mejorado en el MSI aunque no así en el MII, se ha practicado RM de control en la que tan solo se observa una colección premodular que pudiera tratarse de sangre, persistiendo la estenosis de canal (...)”.

De ello se infiere que a pesar de que el paciente nunca había presentado problemas en su MII, ya que el lado afectado por su dolencia era el derecho, tras la intervención quirúrgica no sólo no mejora de su MID, sino que empeora del MII y del MSI, por lo que se alega en la reclamación la relación causa-efecto entre el acto quirúrgico y el largo proceso de espera para ser intervenido, y las secuelas que, en el momento de la reclamación se padecen por el interesado.

- Tras ser dado de alta, el paciente tiene que seguir sometiéndose a tratamiento rehabilitador donde ha permanecido hasta agosto de 2004, estando a la espera de iniciar nuevo tratamiento rehabilitador.

Como consecuencia de todo ello, se ha visto afectado de forma gravísima, según se alega, el quehacer cotidiano del reclamante, sobre todo laboral, ya que el 22 de enero de 2004, por parte del Instituto Nacional de la Salud ha sido declarado en situación de Invalidez Permanente Total para la profesión habitual, evidenciándose en la resolución de invalidez como secuelas “(...) Hipoparesia de miembro inferior izquierdo. Marcha parética con dos muletas. ROT muy exaltados (...)”.

Esto es, el reclamante no puede caminar sino con ayuda de dos muletas y de forma muy dificultosa; apenas puede valerse de su pierna y brazo izquierdos, y con mucha limitación de sus extremidades derechas, y se ve continuamente aquejado de pérdidas de fuerza y sensibilidad, calambres y dolores que no sólo no han remitido, sino que se han incrementado con el tiempo.

Y, económicamente, de tener ingresos aproximados de 1.000 euros mensuales, el interesado ha pasado a percibir una pensión de 390 euros, sin posibilidad real de prestar trabajo de ningún tipo.

Por todo ello se solicita indemnización de 210.000 euros, sin perjuicio de ulterior concreción definitiva, y con los intereses legales que correspondan desde el momento de la solicitud.

IV

1. En este procedimiento, el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte, no exime a la Administración de resolver expresamente (arts. 42.1 y 7 y 141.3 de la Ley 30/1992).

2. Por otra parte, ha de advertirse que el interesado presentó, el 1 de marzo de 2007, recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de este orden jurisdiccional nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, contra el acto presunto de desestimación de su reclamación. Mediante oficio de 23 de marzo de 2007 del indicado Juzgado, se requiere a la Administración para la remisión del expediente, lo que así se ordena por Resolución de 9 de abril de 2007 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud.

En tanto no haya recaído sentencia que ponga término al procedimiento judicial instado, cabe resolver de forma expresa la reclamación administrativa planteada.

3.¹

V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión del reclamante al entender que no concurren los requisitos imprescindibles para que se genere la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria, no existiendo, en consecuencia, la relación de causalidad directa e inmediata que la reclamante pretende.

Se basa la Propuesta de Resolución, para desestimar, fundamentalmente, en las conclusiones del informe del Servicio, de las que se extrae que ha de estimarse correcta la práctica médica a la que fue sometido el reclamante, siendo el diagnóstico correcto, la operación oportuna y el paciente adecuadamente informado, por lo que falta el nexo causal entre el funcionamiento servicio público y los supuestos daños alegados. Se afirma que:

1) En cuanto a la relación entre el tiempo de espera y los daños alegados:

- *“No ha quedado constatado que el tiempo transcurrido para la intervención quirúrgica (6 de junio de 2003) desde la inclusión en la lista de espera (20 de junio de 2002) haya supuesto un agravamiento de la dolencia y sea el responsable de la situación actual del reclamante.*

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

- El diagnóstico se establece con fecha 20 de junio de 2002 (mielopatía cervical), momento en el que se incluye en lista de espera. (Así lo expone el Servicio de Neurocirugía: primera consulta en este servicio en fecha 31 de enero de 2002. Se aprecia una marcha espástica y reflejos vivos, con concluyéndose que el problema del paciente era distinto del planteado desde la consulta de neurología. Se solicitan estudios pertinentes, tras los cuales se objetiva fusión cervical C3-C4 de carácter congénito, y hernia discal cervical C4-C5 sobre el canal estrecho y cambios de señal en la médula a este nivel, lo que traduce daño estructural de ésta).

- Informa el Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín que "la situación actual hay que relacionarla con el acto quirúrgico, añadido a la lesión base del paciente, es importante el informe de la primera RM cervical en la que ya se constata daño estructural medular".

- Dificultad en marcha y para la flexión de caderas manifestaba desde septiembre de 2001. Las lesiones objetivadas en TAC no justificaban la clínica por lo que el Servicio de Neurocirugía ante la sospecha de mielopatía cervical solicita nueva prueba diagnóstica que pone de manifiesto fusión C3-C4 de carácter congénito, estenosis de canal severa en C4-C5 y C5-C6, con lesión mielomalácica instaurada.

- En la valoración de NCR de fecha 31 de enero de 2002 presentaba marcha espástica que hace referencia a un déficit en el caminar por afectación de vía piramidal a miembros inferiores. Este hecho contradice la afirmación del reclamante relativa a que nunca presentó déficit funcional en su pierna izquierda.

- No se observan cambios en las valoraciones del S. de Anestesia en las fechas 17 de julio de 2002 y 10 de marzo de 2003".

2) Respecto a la intervención quirúrgica misma:

- "En cuanto al papel de la intervención quirúrgica (Corporectomía C5, interposición de injerto metálico y fijación de placas) por Mielopatía cervical espondilótica, significar que los riesgos inherentes a la misma que fueron ampliamente explicados al reclamante oralmente y contenidos en el documento consentimiento informado. En dicho documento se contempla la posibilidad de agravamiento de su patología, mielopatía cervical espondilótica, en un 4% e incluso persistencia de la lesión medular (0,5-3,3%). En este caso, hubo un empeoramiento inicial de su patología, mejorando posteriormente. En valoración por el Servicio de

Rehabilitación correspondiente al periodo de tratamiento 23 de junio a 11 de agosto de 2003: MMSS con BA libre u BM 5/5; MMII MB global 4+75 salvo psoas 3/5. Hipoestesia ambos MMII más acusada en MII. Deambulaci3n con dos bastones. Transferencias independientes.

- No hubo incidencias en la intervenci3n quir3rgica. Presentando el cuadro en el postoperatorio de p3rdida de fuerza en hemicuerpo izquierdo se actu3 con diligencia y se descart3 tanto afectaci3n neural como vascular.

- Consta en la historia cl3nica que la situaci3n era esperable dado lo importante de la mielopat3a que presentaba el paciente.

- Por tanto, la evoluci3n postoperatoria no se relaciona con mala praxis sino con la propia intervenci3n y proceso de mielopat3a cervical espondil3tica del paciente”.

De todo ello la Administraci3n detrae que la propia patolog3a del paciente incide en el resultado y el da3o por el que se reclama carece del requisito de la antijuridicidad dado que el riesgo de agravamiento de la lesi3n est3 descrito en el consentimiento informado.

A ello se a3ade en la Propuesta de Resoluci3n, en los t3rminos del informe del Servicio Jur3dico, que en relaci3n con el tiempo transcurrido desde la inclusi3n en la lista de espera hasta la intervenci3n, como causa de agravamiento de la situaci3n del reclamante, es un hecho que no se ha logrado acreditar, a lo que se une el hecho de que *“ de acuerdo con la jurisprudencia m3s reciente, para condenar un da3o por lista de espera es necesario acreditar que se trate de una lista de espera mal gestionada en s3 o irracional, de duraci3n exagerada o cuando hubiese un error en la clasificaci3n de la prioridad del enfermo, y ninguno de estos aspectos es probado por el reclamante”.*

2. Pues bien, la responsabilidad de la Administraci3n en el 3mbito sanitario viene dada no porque no se hayan obtenido unos resultados satisfactorios para los usuarios, sino porque esos resultados sean la concreci3n de un riesgo espec3fico creado por el funcionamiento del servicio y que, adem3s, sean antijur3dicos en el sentido de que no exista un deber jur3dico para aqu3llos de soportarlos.

3sta es la situaci3n del caso que nos ocupa. Y es que, por una parte, en cuanto a la agravaci3n del da3o por el transcurso de casi un a3o entre la inclusi3n en lista de espera del paciente y su intervenci3n quir3rgica, ha de insistirse en que, al contrario de lo que afirma la Administraci3n, conforme al informe del Servicio Jur3dico, y como tantas veces se ha se3alado por este Consejo, siguiendo la l3nea jurisprudencial

mayoritaria, no corresponde la prueba al reclamante, pues la facilidad probatoria de la Administración la coloca en la posición de probar la ausencia de nexo causal entre el daño y el retraso alegado por el interesado. El modo de hacerlo es acreditar un correcto funcionamiento del servicio, lo que no se ha hecho, pues no se ha desvirtuado el elemento fundamental del razonamiento del paciente, que viene dado porque en la hoja de solicitud de lista de espera por el médico que lo determinó se señala que tiene carácter preferente, lo que, como se aclara en la propia hoja de la solicitud, significa que ha de ser intervenido antes de 15 días, y, sin embargo, pasó un año desde aquel momento.

Además, el propio hecho de tener que recurrir a hacer dos valoraciones por el Servicio de Anestesia de preoperatorio determina *per se* un anormal retraso en el acto quirúrgico que ha supuesto un esfuerzo doble por parte de los Servicios Sanitarios al tener que repetir las pruebas por el transcurso del tiempo. Y, por otro lado, aunque en las conclusiones del informe del Servicio se afirme que no hubo cambios entre las valoraciones del Servicio de Anestesia de 17 de julio de 2002 y de 10 de mayo de 2003, sin embargo, se afirma en la descripción de la secuencia de hechos del informe del Servicio que en la hoja de valoración preoperatorio, sin aclarar cuál, consta "*muy deteriorado física y psíquicamente. Camina mal.*" Lo que, en todo caso, es indicativo de cómo el paso del tiempo va determinando un deterioro en el paciente, por lo que su intervención debió haberse llevado a cabo con el carácter prioritario que se indicó en la solicitud de lista de espera.

En este sentido se ha pronunciado este Consejo en el Dictamen 41/2006, en relación con el incorrecto funcionamiento del Servicio por retraso en intervención quirúrgica desde la fecha indicada por el facultativo con inclusión en lista de espera.

Por otra parte, y en relación con los argumentos expresados por la Administración tras reconocer el agravamiento de la situación del paciente tras la intervención quirúrgica, es preciso recordar ahora el carácter del consentimiento informado. Y es que, no es posible alegar su existencia, en la que constan los riesgos propios de la intervención a la que fue sometido el reclamante, entre los que se cita el agravamiento de su patología, que, efectivamente se produjo, como título que cercena la antijuridicidad del daño y hace conforme a la *lex artis* la actuación de los facultativos.

En este supuesto, ha quedado demostrado que el consentimiento informado, de 17 de julio de 2002, no se prestó de forma adecuada, ya que se realizó de forma genérica.

Puesto que se reconoce por el Servicio de Neurocirugía del Dr. Negrín que la situación del paciente *“hay que relacionarla con el acto quirúrgico”*, y a ello se añade por las conclusiones del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia que *“consta en la historia clínica que la situación era esperable dado lo importante de la mielopatía que presentaba el paciente”*, entonces resulta que, conocedores de lo esperable de las consecuencias de la intervención dada la situación de este paciente, debió haberse advertido en el consentimiento, concretando el riesgo por *“lo importante de la mielopatía del paciente”*.

Y es que, puesto que se trata de una complicación que dadas las circunstancias concretas del paciente puede darse, debió haberse advertido este riesgo en el consentimiento. Sin embargo, donde, en el formulario del consentimiento hay un espacio dedicado a señalar los riesgos operatorios propios en el caso de cada paciente (*“riesgos particulares del paciente”*), en este caso está vacío, cuando, por el contrario, era el lugar idóneo para advertir al interesado de que, dado su padecimiento *“importante”* podían producirse las consecuencias que se dieron.

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

Se trata, pues, de un proceso no consentido originariamente por el paciente en todas sus eventuales consecuencias, no recogidas como posibles en el consentimiento informado, como contrapartida posible a la intervención por su mielopatía. 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 al perjudicado a soportar el daño, por lo que el perjuicio es antijurídico y, por ende, indemnizable.

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).

Pues bien, es por la antijuridicidad del acto quirúrgico, por ausencia de consentimiento personalizado, junto con el retraso en la intervención practicada, por lo que, en este caso, 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, ni se practicó la intervención en el momento determinado en la solicitud de la misma, por lo que el daño inferido al paciente no ha de ser soportado al carecer de correcto título jurídico para ello y además producirse con retraso.

Por ello, podemos afirmar 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 sufrido por el interesado.

Sin embargo, en cuanto al alcance del daño, queda constancia en la historia clínica del paciente que en la valoración del Servicio de Neurocirugía de 31 de enero de 2002 ya se presentaba por el paciente marcha espástica que hace referencia a un déficit en el caminar por afectación de vía piramidal a miembros (ambos) inferiores. Por ello, consecuentemente, se concluye por el informe del Servicio, queda contradicha la afirmación del reclamante relativa a que nunca presentó déficit funcional en su pierna izquierda. Y, por ende no es el alegado por el mismo el alcance que debe darse a las secuelas del retraso en la intervención y a ésta misma.

Por tanto, dado que se reclaman 210.000 euros, con los intereses que correspondan, esta cantidad debe disminuirse prudencialmente en proporción a los daños efectivamente producidos por el funcionamiento del servicio, cantidad que ha de cuantificarse y concretarse en el acto que ponga fin al procedimiento, debidamente actualizada conforme a lo dispuesto en el art. 141.3 de la Ley 30/1992.

C O N C L U S I Ó N

No se considera ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución, por las razones expresadas en el Fundamento V.2. Procede estimar parcialmente la reclamación.