



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 3 / 2 0 0 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de julio 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 E.M.G.C., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 253/2007 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, formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la 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. La presente reclamación patrimonial se presenta por el interesado en el ejercicio del derecho indemnizatorio, al efecto contemplado en el Ordenamiento Jurídico, art. 106.2 de la Constitución, en exigencia de la posible responsabilidad 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 (LCCC). Se encuentra legitimada para solicitarlo la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. El interesado manifiesta que el 27 de octubre de 2003 se sometió en el Hospital General de La Palma a una osteosíntesis con aguja de Kirschner, para "resolver" la fractura del cuarto metacarpiano de su mano derecha, sin que se le

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

hubiera hecho ninguna radiografía con carácter previo a la intervención y sin demasiada información de cómo se encontraba la mano. Posteriormente, tras la primera intervención, en un control efectuado por uno de los médicos que le operó, éste afirmó que el resultado de la operación quirúrgica era satisfactorio.

4. Sin embargo, el afectado mostró diversos problemas en la mano intervenida por lo que el 2 de diciembre de 2003, solicitó una segunda opinión médica, recurriendo a un Doctor ajeno al Servicio Canario de la Salud. Este segundo Doctor observa en la radiografía que presenta una "fractura en fase de consolidación del cuarto metacarpiano, con acortamiento y con fragmento intrarticular, reducción no aceptable, osteosíntesis con aguja de kirschner que protuye la base de 4º metacarpiano", considerando no aceptable la reducción y osteosíntesis de la fractura del 4º metacarpiano y recomendando efectuar osteoclasia, nueva reducción abierta y osteosíntesis.

5. Asimismo, se sometió, el 10 de diciembre de 2003, a una nueva intervención, en un Centro médico privado.

Por todo ello, solicita una indemnización que cubra los gastos de la operación, así como los perjuicios físicos y morales sufridos a consecuencia del funcionamiento inadecuado del servicio.

6. Como la fractura se produjo a consecuencia de un accidente de tráfico, dando lugar a las correspondientes actuaciones judiciales, el interesado presenta Informe Médico-Forense de 17 de diciembre de 2003, donde se describen las dos operaciones realizadas, la primera "en H. Gral. de La Palma mediante osteosíntesis con aguja de Kirschner (quedando fragmento intraarticular y acortamiento del 4º dedo derecho)" y la segunda "mediante EMO, osteoclasia, reducción abierta, osteosíntesis con placa atornillada y aporte de injerto óseo".

7. 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, siendo una materia no desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

II¹

III

En lo que se refiere a la concurrencia de los requisitos constitucional y legalmente previstos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, contenidos en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, se observa lo siguiente:

- El afectado es titular de un interés legítimo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 LRJAP-PAC, puesto que alega haber sufrido un daño personal derivado del funcionamiento inadecuado del servicio público sanitario. Por lo tanto, tiene legitimación activa, pudiendo presentar la correspondiente reclamación en este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 142.1 LRJAP-PAC.

- 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, ya que se ha reclamado dentro del plazo legalmente previsto en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

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

IV

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es de carácter desestimatorio, puesto que se considera que no concurre relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño sufrido por el afectado, ya que se ha actuado en la ejecución de la intervención adecuadamente, conforme a la *lex artis*. En el Fundamento de Derecho Cuarto, en lo relativo al consentimiento informado, la Propuesta dice que si bien no existe constancia documental de ello, los doctores que atendieron al reclamante manifiestan que se informó al paciente de las secuelas y de la posibilidad de una nueva operación, por lo que es presumible que la información fue facilitada y el reclamante en ningún momento señala que se ha omitido, refiriendo en su escrito que se procedió a operarles sin demasiada información previa de cómo se encontraba su mano. La Propuesta recoge sentencias del Tribunal Supremo en el sentido de que aún cuando la falta de consentimiento informado

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

constituye una mala praxis *ad hoc*, si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente, la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad.

2. El interesado estima que la actuación de los doctores ha sido incorrecta, porque no se le hicieron radiografías previas, porque la ejecución de la intervención, teniendo en cuenta los Informes médicos aportados, no fue correcta, siendo necesaria otra para corregir los defectos ocasionados por la primera. Además, entiende que no se le informó adecuadamente de cómo estaba su mano.

3. En relación con la primera de las causas referidas por el interesado, se manifiesta en el Informe del Jefe de Traumatología del Hospital General de La Palma que "La ausencia de radiografía preoperatoria de la mano puede entenderse por la celeridad de los cirujanos en intervenir este tipo de fractura abierta". Sin embargo, del Informe del Servicio de Inspección resulta que sí se le practicó una RX portátil, según se ve en los documentos de la historia clínica.

4. En lo que respecta al segundo de los motivos aducidos por el afectado (que la primera operación no fue correcta), éste aportó al procedimiento un informe médico, del Doctor particular al que acudió, del que resulta que la reducción y la osteosíntesis con aguja Kirschner practicadas en la primera operación al paciente fueron "no aceptables". En el Informe del Médico Forense, también se señala que existía "fragmento intrarticular y acortamiento del cuarto dedo derecho". Igualmente, en el propio informe de los doctores del Servicio Canario de la Salud que operaron al interesado se reconoce que la opinión del Doctor privado que atendió al afectado es correcta, pero no trató al paciente desde el inicio, no sabe de su evolución y por qué se le trató de la forma realizada. Por tanto, a la vista de lo anterior, se considera que la reducción y osteosíntesis de la fractura del cuarto metacarpiano de la mano derecha "no fueron aceptables".

La Propuesta de Resolución entiende que no existe responsabilidad, ya que, como se ve en los informes existentes, las complicaciones de las operaciones de este tipo de fracturas son frecuentes, estando entre los posibles riesgos típicos la posibilidad de necesitar una segunda intervención o colocación de implante metálico, con o sin injerto óseo, y acortamiento de extremidad. Asimismo, señala que el hecho de que el paciente abandonara la asistencia sanitaria que venía percibiendo del servicio público de salud impidió que los facultativos propios pudiesen detectar la reducción y osteosíntesis no aceptable.

Al respecto, debe tenerse en cuenta, por una parte, que el que puedan ser frecuentes las complicaciones no implica que necesariamente se tengan que producir

y que el paciente no sufra daños y perjuicios que excluyan los efectos de la falta del consentimiento informado. Por otra parte, después de la operación, el afectado asistió a consulta en seis ocasiones y se le diagnosticó en una consulta privada la reducción y osteosíntesis no aceptable el 2 de diciembre de 2003, cinco días después de la última revisión (27 de noviembre de 2003) y fue operado un día antes de fecha prevista para la próxima revisión, de lo que resulta que también se le podía haber detectado antes el problema operatorio, en el ámbito del Servicio, utilizando los medios disponibles.

5. En lo relativo al consentimiento informado, la Administración, en distintos informes médicos, afirma que el consentimiento informado fue prestado verbalmente.

El interesado manifestó en su reclamación que se le operó sin que se le diera demasiada información previa de cómo se encontraba su mano.

Conforme al art. 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Derechos del paciente, información y documentación clínica, el consentimiento se prestará por escrito en caso de intervención quirúrgica. El art. 10. 1 de la citada Ley dispone que la información básica debe darse antes de recabar el consentimiento escrito. Asimismo, debe tenerse presente que dicho art. 10, en su apartado 2, dispone que "el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente". En el presente caso, donde se mantiene que uno de los riesgos típicos posibles es una segunda operación se entiende que debería haberse obtenido con carácter necesario el consentimiento por escrito.

Por otra parte, la consideración de que se prestó el consentimiento informado verbalmente de forma adecuada no se apoya en ningún medio probatorio por el que se acredite que los doctores informaron con carácter previo a la operación quirúrgica, de forma individualizada y referida a las características propias del paciente y de su tipo particular de lesión, del modo en que se iba a ejecutar la operación, de los procedimientos alternativos a ésta, del tratamiento postoperatorio, de las posibles complicaciones y de la posibilidad de una segunda operación.

Por consiguiente, no se ha demostrado que se haya prestado el consentimiento informado en la forma requerida por la legislación vigente, siendo postura reiterada de este Organismo que todo paciente de cualquier intervención quirúrgica, salvo los casos legalmente excluibles, ha de prestar por escrito 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, realizado en debida forma, constituye de este modo uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar la materialización de los riesgos de un acto médico.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que el paciente ha sufrido daños y perjuicios por la primera operación con reducción y osteosíntesis "no aceptable" de la fractura del cuarto metacarpiano de la mano derecha, lo que no permite excluir los efectos de la falta del consentimiento informado.

6. En este caso, ha quedado debidamente acreditada la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio sanitario público y el daño sufrido por el afectado, no habiendo sido realizado el consentimiento informado en debida forma. Por tanto, la Propuesta de Resolución, de carácter desestimatorio, no es conforme a Derecho en base a las razones expuestas.

Al interesado le corresponde una indemnización que cubra los daños derivados de la primera intervención, aplicando con carácter orientador las tablas de indemnización por lesiones permanentes e incapacidad temporal por daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, correspondientes al año 2003, fecha de la operación.

Sin embargo, se estima que no procede incluir en la cantidad a indemnizar los gastos de las actuaciones médicas de los doctores particulares y los del Centro médico privado, incluidos en la segunda intervención, pues ésta se habría podido efectuar por el Servicio Canario de la Salud, que no la denegó.

La cuantía de la indemnización deberá ser actualizada, de acuerdo con lo dispuesto 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiendo indemnizar el Servicio Canario de la Salud al reclamante de conformidad con lo previsto en el Fundamento IV.6.