



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 18 de julio de 2007.

Dictamen solicitado por la Excm. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por B.G.C., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 271/2007 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. En la Propuesta se propone desestimar la reclamación de indemnización por daños, que se alega se han producido por el funcionamiento del servicio público sanitario.

La reclamación se presenta por el interesado en el ejercicio del derecho indemnizatorio, al efecto contemplado en el Ordenamiento Jurídico, en el art. 106.2 de la Constitución, exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del servicio, al estimar 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). Se encuentra legitimada para solicitar el Dictamen la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. El interesado fue intervenido quirúrgicamente el 6 de noviembre de 2000, para extirparle un pólipo en la garganta. Según la reclamación, realizada el 7 de noviembre de 2000, "salió con un diente (la paleta delantera) del todo floja, con

* **PONENTE: Sr. Díaz Martínez.**

mucho dolor y sangrando; la respuesta del otorrino es que se aflojó con el aparato de la operación y a nosotros no nos advirtieron del hecho de posible flojera de los dientes”.

Por ello, solicita una indemnización de 1.803 euros, pues el daño sufrido se debe exclusivamente a la actuación de la Administración, que no tuvo en cuenta a la hora de efectuar la intervención, las dolencias previas del afectado.

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 (art. 32.6 del Estatuto de Autonomía de Canarias).

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 Ley 30/1992, LRJAP-PAC, se observa lo que sigue:

- 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 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 en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

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

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

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 practicado la intervención adecuadamente, conforme a la *lex artis*. Además, se le informó adecuadamente de los riesgos de la misma, siendo uno de ellos la posibilidad de sufrir la pérdida de piezas dentales, especialmente cuando se trata de dientes cariados o arreglados, como los del afectado.

2. En este supuesto, hay dos hechos suficientemente probados, no siendo contradichos por la Administración.

El primero es que el afectado llegó a perder un diente como consecuencia de las actuaciones del otorrinolaringólogo o por la intubación necesaria para anestesiarle. Así, el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología, después de considerar que no es un hecho raro que durante una intervención de microcirugía laríngea se afloje algún diente o se pierda, manifestó en su Informe que “Pienso que si el paciente ha perdido una pieza dentaria durante la intervención o en el postoperatorio inmediato, aun no tratándose de una mala praxis, lo lógico es brindar al paciente la posibilidad de recuperar su pieza dentaria. Habida cuenta que el paciente cuando llegó a quirófano tenía su diente”.

Además, tras la operación, varios dientes presentaron un alto grado de movilidad, no acreditándose que se le moviera ninguna pieza con anterioridad a la misma. Así consta en todos los informes odontológicos aportados a instancia de la Administración.

El segundo aspecto es el referente a los padecimientos bucales del afectado, sin que conste con anterioridad a la intervención que le faltaran dientes o éstos se movieran, aunque sí se recoge en el informe preoperatorio la dolencia del afectado determinada como “Boca séptica”, siendo consignada por el propio anestesista en dicho Informe.

3. La Administración desestima la reclamación porque considera que se informó adecuadamente al afectado de los riesgos de la anestesia y de la intervención, especificando la posibilidad de pérdida de dientes a causa de los medios con los que se le iba a anestesiar, reseñando que esta posibilidad aumentaba si están cariados o

en mal estado. También se desestima por considerar que la actuación de los doctores fue conforme a la *lex artis*.

4. En relación con el consentimiento informado, sólo consta en el expediente un documento tipo de consentimiento, referido sólo a la anestesia, no individualizado, ni personalizado y por lo tanto no referido a las características personales del afectado. En él sólo se menciona de forma escueta que entre los riesgos de la anestesia está la “Roturas de dientes, especialmente los arreglados y cariados”. En este sentido, si bien se menciona ese riesgo y aun con cierta cualificación, no sólo no se ajusta al concreto estado bucal del interesado, más grave que una situación de dientes cariados o arreglados, con riesgo adicional a los efectos que importan, sino que, sobre todo, nada se menciona de problemas más profundos de movilidad y posible pérdida de las correspondientes piezas.

Es más, no consta prestado ningún consentimiento para la intervención quirúrgica, previa la concreta información al respecto, pues uno de los riesgos de la misma, aparte y añadido al de la anestesia, es la pérdida de dientes o la producción de efectos que la comportan derivados de la propia intervención, incrementándose el riesgo de accidente por laringoscopia cuando se realiza cirugía endolaríngea, como es el caso.

Por lo tanto, el paciente no pudo asumir los riesgos inherentes a la intervención ya que los desconocía. Al efecto, conviene recordar que este Organismo se ha pronunciado reiteradamente en relación con la forma en la que se debe cumplir el requisito del consentimiento informado, siguiendo la constante y reiterada Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En esta línea, una sentencia clarificadora e ilustrativa de esta cuestión es la dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 9 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7531), en la que se afirma: “para que haya consentimiento y, se respete, por tanto, la autonomía del paciente legalmente reconocida, es que, como condición previa inexcusable, se produzca la información precisa y necesaria que permita al enfermo libre y voluntariamente adoptar la decisión que tenga por conveniente”; luego, continúa señalando 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, así resulta a título de ejemplo de la Sentencia de veintiséis de febrero de dos mil cuatro (RJ 2004\3889)”.

La Sentencia citada se hace eco de la anterior de la Sala de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002\3956) en la que expresamente se afirmó que, ante la falta de daño, que es el primer requisito de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento del servicio, no parece relevante la ausencia o no del consentimiento informado o la forma en que éste se prestara. Siempre, naturalmente, que de ello no se siga, acreditándose por el interesado, la generación de daño moral, que, obviamente, es indemnizable de producirse.

Por último, la Sentencia de 14 de octubre de 2002 (RJ 2003\359) insiste en que la falta de consentimiento informado constituye un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y lo considera como manifestación del funcionamiento anormal del servicio sanitario. Y añade que se considera elemento clave para el ejercicio del derecho de autodeterminación del paciente, siendo relevante al efecto la existencia de formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

En este caso, no se ha prestado el consentimiento informado en la manera exigida por la legalidad vigente, produciéndose sin duda a resultas de la actuación médica un daño cierto.

5. Por otra parte, la existencia de un consentimiento informado debidamente realizado no exime, en sí misma, de responsabilidad en caso de daño, pues no puede eliminar y obviar los supuestos defectos en la asistencia a prestar o, en definitiva, el daño informado pero producido evitablemente o por error médico. Así, en el Informe del Jefe del Servicio de Otorrinolaringología se dice: “No es un hecho raro que durante una intervención de microcirugía laríngea se afloje algún diente o se pierda, lo mismo que puede ocurrir durante la intubación del paciente, debiéndose casi siempre a problemas de base de la implantación dentaria inherente al propio paciente, dado que todos los pacientes a los que les realizamos microcirugía laríngea se les coloca un protector dentario que a tal efecto nos suministra el Hospital”.

Pues bien, aparte de que, precisamente, esta información no se dio, al menos no se acredita que se hiciera, al paciente para que prestara su consentimiento, la misma constata que, en efecto, puede producirse el daño que, en este supuesto, tuvo lugar.

Por tanto, en lo relativo a la actuación de los doctores, la propia Administración desconoce, o no explica pertinentemente, cuál fue la efectiva causa del problema y no se acredita que la pérdida de un diente y el aflojamiento de otros fuese inevitable

o no controlable por los intervinientes, surgiendo por la técnica empleada o por ser necesario hacer determinadas maniobras que lo produjeron sin remedio, incluyendo la manipulación del tubo endotraqueal, especialmente en su colocación y, sobre todo en este caso, en su retirada, ocurriendo en fin como único medio para proceder debidamente.

A lo que cabe añadir que, salvo demostración en contrario, ahora inexistente, resulta desproporcionado el daño causado en función de la operación hecha y del estado del paciente conocido por la Administración.

6. En este caso, como se ha visto, no se ha actuado conforme a la *lex artis*, no sólo porque faltó el consentimiento informado en la intervención, sino porque no se ha demostrado que en la actuación se emplearon todos los medios necesarios para evitar el daño sufrido por el afectado o que dicho daño hubiera sido inevitable pese al especial cuidado de los doctores, desconociéndose cómo se produjo.

Por lo tanto, ha quedado suficientemente acreditada la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño sufrido por el afectado.

7. En consecuencia, la Propuesta de Resolución, de carácter desestimatorio, no es conforme a Derecho en base a las razones ya expuestas.

Al interesado le corresponde una indemnización que repare de forma integral el daño sufrido, estando éste determinado por los informes odontológicos aportados en los que se precisan las piezas afectadas y el coste de su reparación, ascendente a 1.803 euros.

Dicha cuantía deberá ser actualizada según lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC, dada la demora en resolver.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, al existir relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño causado al interesado, debiendo ser indemnizado el reclamante en la forma prevista en el Fundamento IV.7.